

Председатель редакционного совета журнала

БЛАЖЕЕВ Виктор Владимирович ректор Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ, почетный работник науки и техники РФ.

Заместитель председателя редакционного совета

СИНЮКОВ Владимир Николаевич проректор по научной работе Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ, почетный сотрудник МВД России.

Главный редактор журнала

СОКОЛОВА Наталья Александровна доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры международного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Ответственный секретарь

САЛИЯ Марианна Романовна эксперт отдела научно-издательской политики Управления организации научной деятельности Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Редакционный совет журнала

БЕШЕ-ГОЛОВКО Карин доктор публичного права (Франция).

БОНДАРЬ Николай Семенович доктор юридических наук, профессор, судья Конституционного Суда РФ, заслуженный юрист РФ, заслуженный деятель науки РФ.

ГРАЧЕВА Елена Юрьевна доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой финансового права, первый проректор Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный юрист РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ, почетный работник науки и техники РФ.

ИСАЕВ Игорь Андреевич доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой истории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный деятель науки РФ.

КОМОРИДА Акио профессор Университета Канагава (Япония).

КОЛЮШИН Евгений Иванович доктор юридических наук, профессор, член Центризбиркома России, заслуженный юрист РФ.

МАЛИНОВСКИЙ Владимир Владимирович кандидат юридических наук, заместитель Генерального прокурора РФ, государственный советник юстиции 1 класса.

НОГО Срето доктор юридических наук, профессор Университета Джона Нейсбитта (Белград, Сербия), президент Сербской королевской академии, генеральный секретарь Ассоциации международного уголовного права, вице-президент Всемирного форума по борьбе с организованной преступностью в эпоху глобализации (штаб-квартира в Пекине).

ОТМАР Зойль доктор права, почетный доктор права, почетный профессор Университета Paris Ouest-Nanterre-La Defense (Франция).

ПАН Дунмэй	доктор юридических наук, профессор Хэнаньского университета, почетный ученый «Хуанхэ».
РАРОГ Алексей Иванович	доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры уголовного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный деятель науки РФ, почетный юрист города Москвы.
РАССОЛОВ Илья Михайлович	доктор юридических наук, доцент, и. о. заведующего кафедрой правовой информатики Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), главный редактор журнала «Судебная и правоохранительная практика».
ТУМАНОВА Лидия Владимировна	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского процесса и правоохранительной деятельности, декан юридического факультета Тверского государственного университета, заслуженный юрист РФ.
ФЕДОРОВ Александр Вячеславович	кандидат юридических наук, профессор, заместитель председателя Следственного комитета Российской Федерации, генерал-полковник, главный редактор журнала «Наркоконтроль».
ХЕЛЛЬМАНН Уве	Dr. iur. habil, профессор, заведующий кафедрой уголовного и экономического уголовного права юридического факультета Потсдамского университета (Германия).
ШЕВЕЛОВА Наталья Александровна	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой государственного и административного права Санкт-Петербургского государственного университета.
де ЗВААН Яап Виллем	профессор кафедры Жанна Монне, почетный профессор кафедры права Европейского Союза Университета Эразмус в Роттердаме (Нидерланды).

Редакционная коллегия журнала

ГРОМОШИНА Наталья Андреевна	доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры гражданского и административного судопроизводства Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
ЕРШОВА Ирина Владимировна	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой предпринимательского и корпоративного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
ЖАВОРОНКОВА Наталья Григорьевна	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой экологического и природоресурсного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
КАШКИН Сергей Юрьевич	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой интеграционного и европейского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
КОМАРОВА Валентина Викторовна	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой конституционного и муниципального права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
КОРНЕВ Аркадий Владимирович	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
ЛЮТОВ Никита Леонидович	доктор юридических наук, доцент, заведующий кафедрой трудового права и права социального обеспечения Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
МАЦКЕВИЧ Игорь Михайлович	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой криминологии и уголовно-исполнительного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Chairman of the Council of Editors

**BLAZHEEV
Victor
Vladimirovich** Rector of the Kutafin Moscow State Law University, PhD in Law, Professor, Merited Lawyer of the Russian Federation, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation, Merited Specialist in Science and Technology of the Russian Federation.

Vice-Chairman of the Council of Editors

**SINYUKOV
Vladimir
Nikolaevich** Vice-Rector on Scientific Work of the Kutafin Moscow State Law University, Doctor of Law, Professor, Merited Scientist of the Russian Federation, Merited Officer of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation.

Editor-in-Chief of the Journal

**SOKOLOVA
Natalia
Aleksandrovna** Doctor of Law, Associate Professor, Professor of the Department of International Law of the Kutafin Moscow State Law University.

Executive Editor

**SALIYA
Marianna
Romanovna** Expert of the Division for the Scientific and Publishing Policy of the Department for the Organization of Scientific Work of the Kutafin Moscow State Law University.

Council of Editors

**BECHET-GOLOVKO
Karine** Doctor of Public Law (France).

**BONDAR
Nikolay
Semenovich** Doctor of Law, Professor, Judge of the Constitutional Courts of the Russian Federation, Merited Lawyer of the Russian Federation, Merited Scientist of the Russian Federation.

**GRACHEVA
Elena
Yurievna** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Financial Law, First Vice-Rector of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Lawyer of the Russian Federation, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation, Merited Specialist in Science and Technology of the Russian Federation.

**ISAEV
Igor
Andreevich** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of History of State and Law of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Scientist of the Russian Federation.

**KOMORIDA
Akio** Professor of the Kanagawa University (Japan).

**KOLYUSHIN
Evgeniy
Ivanovich** Doctor of Law, Professor, Member of the Central Election Committee of the Russian Federation, Merited Lawyer of the Russian Federation.

**MALINOVSKIY
Vladimir
Vladimirovich** PhD in Law, Vice Prosecutor-General of the Russian Federation, Class 1 State Councillor of Justice.

**NOGO
Sreto** Doctor of Law, Professor of John Naisbitt University (Belgrade, Serbia), President of The Serbian Royal Academy, Secretary General of Association of international criminal law, Vice-President of the World Forum on fighting with organized crime in the Global Era (headquarter in Beijing).

**OTMAR
Seul** Doctor of Law, Merited Doctor of Law, Emeritus Professor of the University Paris Ouest-Nanterre-La Defense (France).

- PAN Dunmey** Doctor of Law, Professor of Henan Daxue, «Huang He» Merited Scholar.
- RAROG Aleksey Ivanovich** Doctor of Law, Professor, Professor of the Department of Criminal Law of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Scientist of the Russian Federation, Merited Lawyer of the City of Moscow.
- RASSOLOV Ilya Mikhailovich** Doctor of Law, Associate Professor, Acting Head of the Department of Legal Information Science of the Kutafin Moscow State Law University, Editor-in-Chief of the Journal «Judicial and Law-Enforcement Practice».
- TUMANOVA Lidia Vladimirovna** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Civil Process and Law-Enforcement Activities, Dean of the Law Faculty of the Tver State University, Merited Lawyer of the Russian Federation.
- FEDOROV Aleksandr Vyacheslavovich** PhD in Law, Professor, Vice-Chairman of the Investigation Committee of the Russian Federation, Colonel General, Editor-in-Chief of the Journal «Drug Enforcement» (Narcocontrol).
- HELLMANN Uwe** Dr. iur. habil, Professor, Head of the Department of the Criminal and Economic Criminal Law of the Law Faculty of the Potsdam University (Germany).
- SHEVELEVA Natalia Aleksandrovna** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Constitutional and Municipal Law of the St. Petersburg State University.
- de ZWAAN Jaap Willem** Emeritus Professor of the Law of the European Union at Erasmus University Rotterdam (The Netherlands), also Jean Monnet Professor.
- Editorial Board**
- GROMOSHINA Natalia Andreevna** Doctor of Law, Professor, Professor of the Department of Civil and Administrative Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- ERSHOVA Inna Vladimirovna** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Entrepreneurial and Company Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- ZHAVORONKOVA Natalia Grigorievna** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Environmental and Natural Resources Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- KASHKIN Sergey Yurievich** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Integration and European Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- KOMAROVA Valentina Viktorovna** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Constitutional and Municipal Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- KORNEV Arkadiy Vladimirovich** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Theory of State and Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- LYUTOV Nikita Leonidovich** Doctor of Law, Associate Professor, Head of the Department of Labour Law and Law of Social Security of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- MATSKEVICH Igor Mikhailovich** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Forensic Studies and Criminal Executive Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

СОДЕРЖАНИЕ

ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

- Исаев И. А. «Тайна беззакония», или Революционная справедливость. Часть 3 7

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ОТРАСЛЕЙ ПРАВА

- Россинский Б. В. Исполнительная власть и государственное управление 24

- Пикуров О. Н. Трансформация института пособничества
в советском и российском уголовном праве 39

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

- Курченко О. С. Возврат средств материнского (семейного) капитала
в бюджет Пенсионного фонда России: основания, порядок, правовые последствия 54

ВОПРОСЫ ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

- Бархатова Е. Н. Вопросы законодательной конструкции и особенности применения
на практике статьи 314.1 Уголовного кодекса Российской Федерации 72

- Грачева Ю. В. Незаконное вооруженное формирование:
состояние и перспективы уголовно-правового регулирования 82

- Канашевский В. А. Банковская тайна и использование банками
услуг аутсорсинга информационной безопасности 92

- Мартыненко С. Б. К вопросу об эволюции уголовно-процессуального
регулирования предварительной проверки сообщений о преступлении 98

ПРАВО И ЭКОНОМИКА

- Жаворонкова Н. Г., Агафонов В. Б. Современные тренды правового обеспечения
стратегического планирования природопользования в Арктике 114

ДИСКУССИОННАЯ ТРИБУНА

- Гаврилова Ю. А. Судебная практика и правоприменительное
смыслообразование в Российской Федерации 125

НАУЧНАЯ ЭКСПЕРТИЗА

- Коробеев А. И., Чучаев А. И. Определение понятия опьянения признано неконституционным 135

CONTENTS

HISTORY OF THE STATE AND LAW

- Isaev I. A.** *"The Mystery of Lawlessness," or Revolutionary Justice Part 3* 7

THEORETICAL PROBLEMS OF BRANCHES OF LAW

- Rossinsky B. V.** *Executive Power and Public Administration* 24
- Pikurov O. N.** *Transformation of the Institute of Complicity in Soviet and Russian Criminal Law*. 39

IMPROVEMENT OF LEGISLATION

- Kurchenko O. S.** *Return of Maternity (Family) Capital to the Budget of the Russian Pension Fund: Grounds, Order, Legal Effects*. 54

ISSUES OF LAW ENFORCEMENT

- Barkhatova E. N.** *Issues of Legislative Design and Peculiarities of Practical Application of Article 314.1 of the Criminal Code of the Russian Federation* 72
- Gracheva Yu. V.** *An Illegal Armed Group: The Status and Prospects of Regulation under Criminal Law*. 82
- Kanashevskiy V. A.** *Bank Secrecy and Employment of Data Security Outsourcing* 92
- Martynenko S. B.** *The Question on Evolution of the Criminal Procedure Regulation of the Preliminary Checks of Crime Reports* 98

LAW AND ECONOMICS

- Zhavoronkova N. G., Agafonov V. B.** *Modern Trends of Legal Support of Strategic Planning of Environmental Management in the Arctic* 114

DISCUSSION FORUM

- Gavrilova Yu. A.** *Court Practice and Enforcement Legal Sense in the Russian Federation* 125

SCIENTIFIC EXPERTISE

- Korobeev A. I., Chuchaev A. I.** *The Definition of Intoxication is Recognized Unconstitutional* 135

«ТАЙНА БЕЗЗАКОНИЯ», ИЛИ РЕВОЛЮЦИОННАЯ СПРАВЕДЛИВОСТЬ. ЧАСТЬ 3¹

Аннотация. Статья посвящена одной из важнейших проблем правовой теории — проблеме «справедливого права». Все великие революции ставили своей целью достижение социальной справедливости, которая ассоциировалась прежде всего с равенством всех перед законом. В значительной мере это объясняет удивительные совпадения тех алгоритмов, по которым развивались эти революции, проходя одни и те же этапы становления. В процессе революции идея равенства нередко подменяла собой идею свободы. Столкновение старого уходящего правового порядка с новыми революционными нормами создавало специфическую ситуацию, чрезвычайное положение или аномию, в которой приостанавливалось действие всякого закона, однако сама государственность, несмотря на изменение ее формы, продолжала существовать. Необходимость создания нового права требовала оформления нового правового порядка, итогом правового строительства становилось принятие конституирующих, нормативных актов, которые закрепляли установившийся порядок. Основное внимание автор статьи уделяет историческому опыту Английской и Французской революций, соотнося его с опытом других революций.

Ключевые слова: право, закон, законность, легитимность, легальность, суверенитет, норма, конституция, обычай, власть, диктатура, демократия, парламент, революция, мятеж, восстание, сила, освобождение.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.140.7.007-023

8. «ПУБЛИЧНОСТЬ» КАК СОЦИАЛЬНАЯ СПРАВЕДЛИВОСТЬ

Стремление к реальному действию всегда обладает большей действенностью, чем любое право, поскольку оно лежит в основе более грандиозных жизненных начинаний: государство возникает как плод работы воображения, и «у истоков любой формы государственности мы всегда различаем черты лица великого предпринимателя»².

Насильственным актом захвата власти революционеры прерывают существующую легитимность действующей власти. Незаконное насилие внеправовым образом ставит себя на место свергаемой власти, временно создавая вакуум легитимности, и с этого момента возникает вероятность формирования под действием внешних и внутренних фактов некоей новой формы признания: узурпация всегда становится первым этапом создания новой государственности и новой легальности.

¹ Окончание. Начало см.: Lex Russica. 2018. № 5. С. 33—50; № 6. С. 7—25.

² Ортега-и-Гассет Х. Восстание масс // Дегуманизация искусства. М., 1991. С. 186—188.

© Исаев И. А., 2018

* Исаев Игорь Андреевич, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой истории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) kafedra-igp@mail.ru
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Со времен Геродота идеальная политическая форма, в которой вообще отсутствует какое-либо господство, обозначалось словом «исономия». Эта система могла обеспечивать равенство, но не потому, что люди рождены равными, а потому, что люди именно неравны и, следовательно, нуждаются в искусственных институтах, в полисе, который посредством своего номоса сделал бы их равными друг перед другом: равными становились по праву гражданства, но не по праву рождения³.

Революция будет стремиться к тому, чтобы сделать свободу от неравенства и несправедливых ограничений своим главным завоеванием. Кондорсе говорил, что настоящей целью революции выступает свобода и именно ее рождение знаменует собой начало новой эры. Свобода предполагала учреждение и заново созданной формы правления; освобождение же, уравнивающее людей в юридических правах, вполне могло быть реализовано при любой форме правления. Характерно, что ни одно из провозглашенных «гражданских прав» (жизни, свободы и собственности) так и не стало результатом самой революции: результатом будет только признание этих прав именно как неотъемлемых. Зато апробированное революцией понятие «социальная справедливость» помогло представить закон равным для всех, хотя утверждать, что требование распределительной справедливости тем самым сделало общество более справедливым или снизило уровень недовольства и ressentiment, было бы преувеличением (Ф. Хайек). В принципе признавая идеал всеобщего равенства перед законом, практика часто ограничивала круг его применения только теми, кого законодатель «рассматривал как себе подобных»: «Законодательство мало чем может помочь в ускорении этого процесса уравнивания, но зато может обратить его вспять, если вдруг пробудятся уже гаснущие настроения».

Стремление к справедливости и создало систему общих правил. (Локк даже настаивал на том, чтобы законодательная власть сосредоточилась на создании только самых общих правил, которые, в свою очередь, становились бы основанием и хранителями развива-

ющегося стихийного порядка⁴. «Социальная справедливость» заявила себя идеологией, оправдывающей отказ от права вообще, ведь в обществе могут существовать и такие правовые притязания, которые вообще ни к чему не обязывают: Никлас Луман называл этот феномен «несправедливым правом». Но причиной тому и является как раз появление понятия социальной справедливости, существующей где-то в промежутке между «правовым государством» и «государством полномочий». К этому еще добавляется, по словам Ф. Хайека, и «безнадежно неопределенное и бессмысленное понятие социальной справедливости»⁵. Само это понятие есть только «актуальная маска для враждующих сил».) И закон «прямого действия», эта квинтэссенция социальности, также подразумевает потенциальное уничтожение всех законов, всех действий, которые опосредствуют нашу деятельность, но «этот же закон и — охранная грамота варварства»: он свидетельствует о том, что рождается тип человека, который не хочет ни признавать чужую правоту, ни сам быть правым, он не просто стремится навязать свое мнение и «новым является именно право на отсутствие правоты, право на неправоту», а это и есть главный способ существования масс, полагал Х. Ортега-и-Гассет⁶.

«Полицейское» же государство, как крайняя и особо выразительная форма «государства управления», видит в праве преимущественно целесообразность, — эпоха «естественного» права была сосредоточена на справедливости, юридический позитивизм убеждает в приоритете стабильности права. Справедливость определяет лишь форму права; но «чтобы выяснить содержание права, необходимо дополнительно ввести еще и понятие целесообразности» (Г. Рардбрух).

Но «право может возникать не только из права. Побег нового права всегда произрастают из «дикого корня»». Существует некий изначальный акт творения права посредством прерывания права, «образование новой правовой почвы на остывшей революционной лаве»⁷. Идея об абсолютной ценности права продолжает жить в этической идее справедливости, хотя в публичной сфере основную роль

³ См.: *Арендт Х.* О революции. М., 2011. С. 32—33.

⁴ См.: *Хайек Ф.* Право, законодательство и свобода... М., 2006. С. 138.

⁵ *Болъц Н.* Размышления о неравенстве. М., 2014. С. 132.

⁶ *Ортега-и-Гассет Х.* Указ. соч.

⁷ *Рардбрух Г.* Философия права. М., 2004. С. 107.

играет не столько сильное право, сколько государственный интерес. Закон тогда выступает в качестве формы, а сама революционная идея будет для него неким становящимся содержанием, которое закон одновременно оформляет, очерчивает и ограничивает, придает жизнь или же побуждает к мертвящей статичности, поэтому для революции закон может стать как позитивным, так и негативным фактором.

Косвенные воздействия скрытых сил, способные сформировать «спонтанное» решение, в ситуации исключительных обстоятельствах создают нормы, рассчитанные на длительный период времени. Наличие государственной и властной структур должны способствовать устойчивости и продолжительности существования нормативной системы, здесь же раскрывается и особый социальный аспект правопорядка.

До определенного момента решительное меньшинство и беспокойное большинство по отдельности не представляли серьезной опасности для существующего общественного порядка. Но, объединившись, они получают серьезные шансы преуспеть в его преобразовании. Объединение позволяло толпам сформировать если и не вполне справедливые, то, во всяком случае, достаточно определенные цели и идеи и осознать свою силу: законы и установления оказывают на импульсивную природу масс незначительное воздействие, массы не в состоянии руководствоваться правилами, вытекающими из чисто теоретической справедливости — их могут увлечь только впечатления, запавшие им в душу.

Государство всегда стремилось обозначить границы сферы действия собственной ответственности, маскируя эти намерения одним из своих главных мифов: защитой общего интереса, которая якобы превалирует над защитой частных интересов. На самом же деле государство всегда охраняет только само себя: эта охрана становится для него все более необходимой по мере того, как расширяется сфера его вмешательства... и его ответственности: символическая фигура «жандарма» сменяется тогда фигурой «покровителя»⁸. В этой ситуации понятие «Родина» становится публичной

инкорпорацией подданных в государство посредством обязательного «для совести соблюдения законов под страхом совершения смертного греха», и без этой связи совести и закона не может действовать не только правосудие, но и политика. Если устранить могущество законов, образ «Родины» ослабнет и придет в упадок, как если бы все ее действительные укрепления были сровнены с землей, а на нее обрушились бы ужасы войн... Законы, особенно пенитенциарные, охраняют «Родину» наиболее действенным образом (А. де Кастро)⁹.

«Сочтено, взвешено, разделено» (мене, текел, фарес) — было написано на стене у тирана, государство которого «переполняла мера беззаконий». Относительность греха не всегда улавливалась сознанием: еще у Лютера отсутствует понятие неполной, ослабленной вины и смягчающих обстоятельств, что усугублялось неискоренимым архаическим смешением правосудия и мести. Жозеф де Местр в «Санкт-Петербургских вечерах» замечает: Бог не является творцом для нравственного, он творец зла карающего, т.е. зла физического или боли, подобно тому как государь есть творец тех казней, к которым присуждают по его законам¹⁰.

Все великие революции творят заново свое публичное право, общественный порядок, общественный дух и общественное мнение и радикально трансформируют все частные привычки, манеры и чувства; сами же они должны быть недостижимы для публичного права и частных предубеждений. Они существуют в незащищенном, открытом, неисследованном и неорганизованном пространстве, которое всякая цивилизация почему-то ненавидит как «геенну огненную», — вероятно, это пространство находится где-то недалеко от ада¹¹. Революции пытаются возродить общественный порядок с помощью вмешательства небесных сил, ведь ад очень близок к небесам, «революции врываются в структуру общества снаружи. Они тем самым доказывают само существование открытых и опасных пространств вокруг нас. Пока мы законопослушны, мы страстно желаем забыть об их существовании». Нас пугает их вынужденное появление, но ни одна держава еще не получала свою власть от при-

⁸ См.: Рулан Н. Юридическая антропология. М., 2000. С. 270.

⁹ Привод. по: Проди П. История справедливости. М., 2017. С. 222.

¹⁰ См.: Делюмо Ж. Ужасы на Западе. М., 1994. С. 412—413.

¹¹ См.: Розентокк-Хюсси О. Великие революции. М., 2002. С. 386.

¹² Ориу М. Основы публичного права. М., 1929. С. 748.

думанных и рациональных законов: «Сначала возникает власть, все остальное вытекает из нее: период революции — только время, которое необходимо для того, чтобы сделать власть видимой для ветеранов прежнего мирового порядка»¹².

Правительство и управление являются фактами, а не правом, не существует абсолютно законного основания политической власти и не существует неизменного принципа власти; публичная власть, суверенитет — все это силы более значительные, чем другие силы и главенствуют потому, что они самые мощные в государстве, но все это тоже не право: право повелевать не имеет юридической силы. Распоряжения власти становятся юридическими не сами по себе, а только потому, что они совпадают с соответствующей правовой нормой. «Закон не приказ, исходящий от парламента и обязательный в силу того лишь, что он сформулирован парламентом», — изъявления воли правящих имеют специальное значение лишь постольку, поскольку они согласны с социальной нормой, с объективным правом и только в этих пределах: власть тем самым в своих действиях исходит из некоей идеальной основной или базовой нормы (М. Ориу).

Ницше говорил о государстве как об организованной аморальности, включающей в себя полицию, уголовное право, сословия и выражающей вовне голую волю к могуществу, войне, захватам и мести. Между государством и индивидуумом лежат приказ, послушание, долг, любовь к отчизне и правителям, здесь же происходит разделение ответственности посредством приказа и его исполнения, поддержание гордости, силы, ненависти, мести — «всех тех черт, которые стадному типу противоречат». Стремление же к равенству представляет собой на этом фоне лишь идеализацию зависти¹³.

Созданные и старым порядком, и революциями представительные учреждения на деле всегда были озабочены не столько проблемой законодательства, сколько вопросами управления. Карл Шмитт называет «государством управления» организованное единство, в котором люди не правят, а нормы не считаются чем-то высшим, здесь «вещи управляют сами собой»: его специфическим выражением является мера, обусловленная положением

дел и принимаемая в зависимости от конкретной ситуации и по соображениям предметно-практической целесообразности. («Государство управления» ориентировано на тотальность и планирование. Во времена больших изменений и переворотов форма «государства управления» более всего подходит для революционных преобразований, оно обладает не столько эпосом, сколько пафосом, однако ярче всего форма проявилась в стабильных абсолютистских режимах XVII—XVIII вв.¹⁴) Управление есть прежде всего формальное выполнение законов и их поддержание. Оно указывает на тот факт, что в государстве есть нечто всеобщее, что осуществляется волей, которая принимает решения и постановления. Даже когда правительства и конституции падают, функция управления продолжает существовать: при наличии разных мнений и воззрений относительно законодательства и государственного строя, когда дело идет о субстанциональной основе государства, нет ничего более важного, чем государственный «управленческий» образ мыслей.

В ходе Французской революции управление в теории перешло к народу, а фактически к Национальному конвенту и его комитетам. Но по-настоящему господствовать стали абстрактные принципы свободы и ее искаженного выражения в субъективной воле — добродетели, которая выделяла в качестве активных субъектов только тех, кто разделял ее убеждения, что могло быть выявлено и оценено опять же только убеждением, поэтому в обществе вовсю начинает господствовать подозрительность: «Теперь господствуют добродетель и террор, так как субъективная добродетель, управляющая только на основании убеждения, всегда влечет за собой ужасающую тиранию», — грустно и проницательно замечает Гегель.

Хана Арендт была уверена, что не одна жестокость является признаком тирании, а скорее уничтожение публичной политической сферы, оставляющее гражданам только инициативы в частной сфере. Но даже если террор является неоправданным и неэффективным и может быть приписан извращенным капризам тирана, все же «в умах самих злодеев он может казаться неотъемлемым элементом фундамента для будущей легитимности». В этом случае главными ингредиентами такой

¹³ Ницше Ф. Воля к власти. М., 2005. С. 394.

¹⁴ Шмитт К. Легальность и легитимность. С. 225—228.

политики являются «социализация с использованием благотворительности и террора», прививающие гражданам ценности государства¹⁵.

Революция, независимо от ее фразеологии, работает не на свободу, а на власть. И поскольку закон повелевает всеми, то главный вопрос: откуда исходит этот закон, выражающий норму? Средневековые такой проблемы не знали, для него закон был заранее установлен и норма определена. Теперь же появляется необходимость самим создавать закон, и для этого нужна законодательная власть. Дж. Локк пояснял: то, что может создавать законы для других, необходимо должно быть выше их, и поскольку законодательная власть является законодательной в обществе лишь потому, что она обладает монопольным правом создавать законы для всех частей и для каждого члена общества, предписывая им правовое поведение и давая силу наказания, когда они нарушены, постольку законодательная власть по необходимости и должна быть верховной, а все остальные власти проистекать из нее и подчиняться ей». (К. Шмитт назовет это образование «законодательным государством».)

Так исторически сложилось, что задача законодательства поручается представителям, которые амбициозно полагают самих себя выразителями народной воли; парламент здесь просто заменяет короля, как представителя целого, ведь «общая воля» — это довольно загадочное явление и понятие, почему Руссо и попытался противопоставить ей «волю всех»¹⁶. Ошибку революционного духа М. Ориу заметил в том, что тот не стремится к свободе непосредственно, но лишь как к следствию равенства, которое объявляется «социальной справедливостью»: «Революционный дух ставит неорганическое равенство выше социальной организации», так как не может существовать никакой иной организации, кроме государственной. Тогда с политической точки зрения само государство остается лишь формой существования суверенного народа, т.е. массы лиц, находящихся в равном положении¹⁷.

Учредительная власть находится вне государства, тогда как власть учреждения неотделима от заданного конституционного порядка, и поэтому ей необходимы государственные рамки. Конституция предлагает себя в первую очередь в качестве учредительной власти. Суверенная власть возникает в революционном процессе как необходимость абсолютного принципа, способного основать и обосновать законодательный акт учредительной власти: отсюда и робеспьеровская идея «бессмертного законодателя». Революция всегда нуждалась в вечно пребывающем источнике авторитета, который отличался бы от общей воли нации, в абсолютном суверенитете, который мог бы наделить конкретным суверенитетом нацию и в котором могли быть локализованы право и справедливость¹⁸, законодатель должен был тем самым заменить Бога.

Любое обоснование подчинения господству проходит по тому же принципу и с теми же аргументами, что и отождествление суверенитета и легитимности власти. Этот принцип выражен в неразличении воли общества (народа) и высшего смысла государственного интереса. Техника власти здесь воспринимается как легитимирующее основание самой власти и не оставляет места «тайне власти», придает сакральному процессу политической организации внесоциальный характер, а государству — роль нейтрального технического инструмента. Устранение тайной политики и тайной дипломатии казалось революционерам панацеей от любой политической болезни и коррупции¹⁹.

Однако тайна все еще необходима для самого функционирования властей, и если К. Шмитт объясняет конкретный механизм самосохранения власти через «таинство техники», то М. Фуко сосредоточивается на истории отбора властных институтов, которые позволили образовать синтез права, монархии и легитимности: «В том, что касается политической мысли и политического анализа, король все еще не обезглавлен. Отсюда и то значение, которое в теории власти все еще придается проблемам права и насилия, закона и беззакония,

¹⁵ См.: Ясан Э. Государство. М., 2008. С. 107.

¹⁶ См.: Жувенель Б. Власть. Естественная история и ее возрастания. М., 2010. С. 326—327.

¹⁷ Ориу М. Указ. соч. С. 723—726.

¹⁸ Арентс Х. Указ. соч. С. 255.

¹⁹ Шмитт К. Духовно-историческое положение парламентаризма // Политическая теология. М., 2000. С. 191.

воли и свободы, особенно же — государства и суверенитета»²⁰.

Рожденную в Греции и Риме идею добродетели Монтескье называл чисто республиканским принципом, Робеспьер и Сен-Жюст приписали это качество своему абстрактному «гражданину», жертвующему собственную волю на алтарь «общей воли» и изымающему ее из сферы частного существования для передачи в публичное пространство. В этой ситуации законодатель у Руссо становится руководителем «общей воли», выражением которой служат его законы. Всегда непогрешимо справедливая в том, что она возвещает, «общая воля» нуждается в предварительном просветлении. И в этом — миссия законодателя: он стоит выше человеческих страстей, но хорошо знает человеческую природу. Он настоящее божество, поэтому гражданский порядок здесь смело порывает с естественным порядком. (Фихте дополнит это представление о законодателе метафизическим определением: «Он — наша воля, наше решение, рассматриваемое в состоянии длительности».) Фактически существующее единение, общность, социальная структурированность является субстанциональным содержанием нормативного порядка: чтобы был правопорядок, сначала нужен порядок. И воля к единству рождается раньше его правового оформления. Подобно явлению природы, наличие которого предшествует его писанию, революция только после своего рождения требует юридического оформления.

Г. Д. Гурвич следующим образом отмечал объективный и, по сути, безличный характер подобных «нормативных фактов»: «Особым проявлением всеохватывающего правового объективизма является первичность объективных и неорганизованных общностей по отношению к тем организациям, которые формируют надстройку для этих общностей»²¹. Правотворящий авторитет этих общностей основан на фактически существующей тотальности; известно, что понятие революции как раз и предполагает такую тотальность, поскольку

ее целью являются не только политические изменения в обществе, но и его полное комплексное преобразование. Но за революцией (до, в ходе и после нее) всегда стоит самый главный «нормативный факт» — государство. «Диктатура государства — вот та высшая форма, которую принимает насилие и “прямое действие”, ставшее законом поведения. Вышедшие из-под контроля массы действуют при помощи и посредством этой безымянной государственной машины» (Х. Ортега-и-Гассет). Человек-масса почему-то считает, что государство — это он сам, и старается все больше задействовать государственный механизм, чтобы с его помощью задавить энергию меньшинства, которое явно мешает ему проявить себя в политике и других видах деятельности²².

В мифическом сражении между Левиафаном, символизирующим государство, и Бегемотом, символом революции, сильная власть, одно из чудовищ, постоянно подавляет другое. Согласно Гоббсу, государство есть «гражданская война, сдерживаемая сильной властью». Но, в сущности, и вынуждающий к миру государственный порядок, и революционно-анархическая сила естественного состояния по своей стихийной мощи равны друг другу²³.

И революция хочет создать свое универсальное государство, а это государство уже будет формировать нацию посредством своих институтов, армии, образования и т.п. Один из французских революционных вождей заявил: «Единственные иностранцы во Франции — это плохие граждане»²⁴. «Гражданин» же становится вездесущей абстракцией потому, что он одновременно является и сувереном (в составе «народного тела») и подданным: в гоббсовской интерпретации «искусственное лицо» (Левиафан) вбирал в себя множество индивидуальных лиц, передававших ему свои права, и, как заметил К. Шмитт, старый двусмысленный миф о Левиафане неожиданно спровоцировал непредвиденные исторические ситуации и начал двигаться совсем в ином направлении, чем то, о котором мечтал его заклинатель²⁵.

²⁰ Фуко М. Воля к истине. М., 1996. С. 189.

²¹ Гурвич Г. Д. Идея социального права // Философия и социология права. СПб., 2004. С. 171—172.

²² Ортега-и-Гассет Х. Указ. соч. С. 148—149.

²³ Шмитт К. Левиафан в учении о государстве Томаса Гоббса. СПб., 2006. С. 130.

²⁴ Цит. по: Бурдьё П. О государстве. М., 2016. С. 629.

²⁵ См.: Шмитт К. Левиафан в государственной теории Томаса Гоббса. СПб., 2006. С. 120—121.

9. ОСНОВНАЯ НОРМА («СКРИЖАЛИ РЕВОЛЮЦИОННОГО ЗАКОНА»)

«В безнадежной республике всегда множество законов», — говорил Тацит, «беспокойная конституция» колеблется между прерогативой и привилегией; принцип же, который всякую легитимную власть выводит из народа, сам по себе представляется очевидным и справедливым, но всегда оказывается ложным, искажаясь под бременем истории и опыта (Давид Юм).

Изобретенная в Греции идея конституции возвращается в мир через римское право, но уже как идея чистой политики, отделенной от религиозности и догмата божественного права. Правда, еще Эдмунд Бёрк замечал, что французская революция не очень похожа на обычные политические революции и что она отличается ходом и характером революции религиозной. Вместо такого первоисточника, как «общественный договор», Бёрк предлагал исходить в конституционном анализе и строительстве из формы «великого изначального договора», включающего в себя всю физическую и моральную природу, тем самым приобщая мир видный к миру невидимому. Это — высший закон, который не может быть подчинен воле тех, кто сам принужден подчиняться ему: «государства хотел Бог»²⁶.

Скрытая мудрость содержится преимущественно в предрассудке, который обладает движущей силой, а не в пассивной теоретической рассудительности. (В историческом праве часто присутствует некая доля «поэзии», и при этом никто еще не доказал, что этот элемент бесполезен для преодоления актуального кризиса источников права: «Общества, где кодификация развивается мало, где основное внимание уделяется чувству игры, импровизации, имеют просто “сумасшедший шарм”» (П. Бурдьё)²⁷. Здесь мечта сменяется мифом, и тогда современники начинают верить, что кодекс тождественен всему праву и включает его в себя целиком.) Поэтический образ всегда сильнее рационального понятия.

Поиск первых оснований действительности конституций, на которой основываются законы, вполне может привести искателя к прежней конституции, затем к предыдущей и т.д.,

и так вплоть до некоей «исторически первой конституции, которая была когда-то введена неким единоличным узурпатором или некоей коллегией, созданной таким узурпатором». То, что исторически первый конституционный орган когда-то выразил в качестве своей воли и наделил действительностью в виде нормы, и есть та основная предпосылка, из которой исходит познание правового порядка, основанного на данной конституции: с учетом этого легальное принуждение должно осуществляться под теми же условиями и тем же способом, которые были определены и установлены первым создателем конституции²⁸.

Придавать форму (О. Шпенглер говорил о нормальном состоянии государства как «находящемся в форме») означало облечь какое-либо действие или высказывание в такую форму, которая признана подходящей и законной, и которая может быть использована только публично, полагал П. Бурдьё. Право приспосабливается к исторической ситуации, предполагая изменить ее в том направлении, которое для права желательно. Принцип власти прагматично основывается на необходимости существования такого «временного права», непрерывное воссоздание которого нужно для того, чтобы позволить мирно развиваться основным нормам социальной справедливости. И юридическая ценность этого «временного права» проистекает, в свою очередь, из презумпции справедливости, при условии, что при установлении такого права были соблюдены нормальные социальные процедуры²⁹. Для правоустанавливающей практики процедура даже важнее, чем содержание нормы.

Жан Антуан де Кондоре уверял, что слово «революция», обозначающее определенную форму социального преобразования, вообще не может быть применено к революциям, целью которых не является свобода. Робеспьер называл установленный им политический режим «деспотизмом свободы»: понятие же свободы, заключенное в идее освобождения, может быть только отрицательным. Только там и можно говорить о революции, где изменения обретают черты некоего нового начала, а насилие используется в целях утверждения совершенно иной формы правления или соз-

²⁶ См.: Мишель А. Идея государства. М., 2008. С. 142—143.

²⁷ Цит. по: Кабриак Р. Кодификации. М., 2017. С. 224.

²⁸ См.: Кельзен Г. Чистое учение о праве, справедливости и естественное право. СПб., 2015. С. 166.

²⁹ Ориу М. Указ. соч. С. 757.

дания нового государства. Нужно было «построить новый дом, в котором бы поселилась свобода», и люди, увлекаемые революцией в неопределенное будущее, возомнили себя архитекторами: «По замыслу людей революции, уже не мысль, а только практика, только исполнение и действие могут и должны были называться новым»³⁰.

И над всеми правовыми катаклизмами теперь возвышается принцип: каждый раз к правотворчеству призывается тот, кто действительно способен право осуществлять. Революция влекла за собой предусмотренную этой «базовой (основной) нормой» смену социальных сил, расположившихся на самой вершине власти. Благодаря этой норме новое революционное правительство выступало настоящим и легитимным правопреемником старого легитимного правительства. И только таким образом, а не иначе революционные изменения государственного строя могли продвигаться, не затрагивая самого института государства³¹. (Открытое, публичное и частное — три различных агрегатных состояния: «Если открытое состояние исчезает, никакой человеческий закон или личность уже не смогут противостоять “демонам жизни”». Никакая конституция не может утвердиться, если она не произошла из войны или революции, если не уходит корнями в сферы, простирающиеся за публичным правом и частной выгодой»³².)

«Народ всегда будет принимать своих господ, но никогда не избирать их» (Ж. де Местр). Происхождение государственности всегда оказывалось за пределами субъективной человеческой власти, и люди, которые ее олицетворяли, были не более чем условностями. Легитимность, которая в своих истоках может показаться двусмысленной, выражается в том, что глава государства всегда является также и представителем высшей силы, называемой Временем. Нигде и никогда легитимная конституция не была просто написана: «Только когда общество окажется уже созданным, непонятно каким образом, возможно продекларировать или растолковать в письменном виде

некоторые частные статьи». Однако почти всегда эти декларации являются только следствием или причиной огромного зла, и всегда они обходятся народу дороже, чем стоят на самом деле³³.

Когда-то Аристотель описывал полис как комплекс специфических свойств и добродетелей, который не мог быть нормирован согласно неким универсальным и необходимым законам, для него были необходимы сразу многие формы конституций: конституция, по Аристотелю, на деле есть только иерархический порядок должностей, и «все должности распределяются в отношении силы того, кто участвует в конституции» (Политика, IV, 1290a). Конституция, понимаемая как наивысший результат политического искусства, совсем не собиралась поддерживать здоровье того, что и так достаточно здорово, она позволяет лечить, заботиться там, где здоровье потеряно, следовательно, она неизбежно предполагает наличие порока и конфликта³⁴.

О. Шпенглер перечислял три доктринерских конституции (французская 1791 г., немецкие — 1848 и 1919 гг.), которые не желают видеть какой-либо великой судьбы мира фактов, полагая, что тем самым ее ниспровергли. Вместо всего непредвиденного и случайного, сильных личностей и обстоятельств, в них правит каузальность — вневременная и справедливая, неизменная рассудочная взаимосвязь причины и действия³⁵. (Макиавелли же говорил о трех великих силах, действующих в истории: воображении, необходимости и случайности.)

В ходе революционной политической борьбы в теле истории вызревала напряженность между свободой и равенством, а также между «нормальными» и «революционными» формами политики, между различными принципами легитимации движений и режимов. Налицо были противоречия между всеобъемлющей революционностью и допустимым плюрализмом интересов, а также принятие легитимности плюралистического устройства жизни и общества, подчеркивание процедурных правил как опоры конституционных ре-

³⁰ Арендт Х. Указ. соч. С. 40, 71.

³¹ Радбрух Г. Указ. соч. С. 108.

³² Розеншток-Хюсси О. Указ. соч. С. 388.

³³ Местр Ж. де. Опыт об общем начале политических конституций // Об отсрочке божественного правосудия в наказании виновных. СПб., 2017. С. 96.

³⁴ Каччари М. Геофилософия Европы. М., 2000. С. 36.

³⁵ Шпенглер О. Закат Европы. М., 1998. Т. 2. С. 439.

жимов: «Ни одна из современных конституционных и либеральных демократий так и не избавилась целиком... от этого якобинского компонента, особенно в его утопическом измерении»³⁶.

Но необходимость установления надежного государственного порядка заставляла властвующие массы превращать свою силу в право. Неизбежная оборотная сторона всякого права — обязанность: право не может быть голым произволом, как бы велико и многообъемлюще оно ни было. Оно должно иметь некий предел, а с этого предела как раз и начинается обязанность и вместе с нею право других, этими другими являются подвластные и бесправные, — ведь вместе с правом «господ» рождается право «рабов». С развитием этого права возникает и сама идея права: если обязанность есть «пространственное» последствие права, то идея права является его последствием во времени. И именно это последствие становится настоящим орудием борьбы подвластных и бессильных классов. Многолетнее господство права покоряет их силой привычки, многолетнее применение правовых норм и правовых представлений оставляет в массовом сознании в виде осадка более или менее актуализированную идею права, которая становится настоящей социальной силой; эти идеи — выводы из правовых принципов, которые долго признавались господствующими, фанатизм масс только придает им силу, а идеи «равенства и свободы» пытаются осуществить на практике, и на «разрозненную массу бесконечных обществ снова переносится право примитивной орды» (Л. Гумплович).

Воздействие вскорости оказавшихся ложными новых прав и правовых идей происходит до того момента, когда «сила по собственному праву, как естественный фактор общественной жизни, вновь приобретает господство над утомленным революцией обществом». Происходит переход от свободы и равенства анархической среды через силу и неравенство, через право и закон к свободе и равенству революции, к разрушающей государство «разрушающей анархии», а уже от этого шаткого состояния — снова к силе и господству реакции и реставрации, а затем к новому развитию, и так далее до бесконечности...³⁷

Двоевластие или многовластие — нормальное состояние для переходного революционного периода. Позитивное право тогда может находиться либо в состоянии стабильном и установленном, либо во временном. Во втором случае право опирается единственно на авторитет политической власти, в первом — еще и на факт длительного, ничем не нарушенного существования и на факт «предполагаемого присоединения подданных»; по этой логике конституционные законы относятся к «установленному и образцовому» праву, а все остальные законы выступают только как нормы временного права». В эту переходную эпоху революционная теория права вынуждена считаться с тем фактом, что для длительного существования законов уже недостаточно только того авторитета, которым они обладают в момент принятия, и что теперь они нуждаются в последующем утверждении и ратификации. Дело утверждения передается в руки исполнительной власти, которая осуществляет его посредством издания конкретизирующих регламентов и создания публичных служб: промежуточные периоды правосозидания между свергаемым законным правительством и вступающим в действие новым законным правительством (которое еще не оформлено соответствующим корпусом нормативных актов) обычно и определяется как эпоха «режима декретов».

«Революционное правительство силой вещей прежде всего организуется в форме исполнительной власти, поскольку значительно легче создать некую комиссию, наделенную исполнительными функциями, нежели сформировать полноценное и представительное законодательное собрание». Исполнительная власть тогда наделяется правом издавать общие регламенты, посредством простого декретирования они и заменяют закон, а для их исполнения и санкционирования применяется публичная власть. Временные правительства осуществляют свою власть впредь до формальной ратификации конституционным законом либо неформальной ратификации, осуществляемой присоединением подданных и единообразием судебной практики³⁸. Роль юстиции на этом этапе революции заметно возрастает. (Как замечает Нил Фергюсон, Французская

³⁶ Эйзенштадт Ш. Революция и преобразования обществ. М., 1999. С. 35—36.

³⁷ Гумплович Л. Основы социологии. М., 2010. С. 244—247.

³⁸ Ориу М. Указ. соч. С. 744.

революция, не доверяя своим судьям, стремилась превратить их в автоматы, слепо применяющие нормы, сформулированные законодателем. Это приводило к тому, что судам не позволялось пересматривать акты органов исполнительной власти: французы предпочли равенство свободе, идея которой была ближе к искомому абсолюту теоретически и значительно менее полезна практически.)

«Правитель тот, кто нам покой дарует» (Гёте) — это и есть та навсегда осознанная базовая норма, на которой основывается действие всего позитивного права. Кельзен утверждал, что посредством базовой нормы может быть установлена такая правотворческая власть, нормам которой в целом подчиняются, и именно в этой базовой норме чудесным образом осуществляется трансформация власти в право³⁹.

В соответствии с «чистой теорией права», основная норма позитивного правового порядка есть не что иное, как основное правило, согласно которому создаются все остальные нормы правового порядка. Это введение некоего основного нормативного факта для запуска процесса создания права, которое осуществляется разными способами — через обычай или законодательный процесс. В основной норме укоренено последнее основание того нормативного значения, которым обладают все факты, конституирующие данный правовой порядок; эта норма не действует как позитивно-правовая, а предписывается как условие любого нормотворчества.

Значение основной нормы наиболее ясно обнаруживается тогда, когда «правовой порядок не изменяется легальным путем, а меняется на другой правовой порядок революционным путем», когда само существование права ставится под вопрос, и только фактические действия людей, от которых правовой порядок ждет признания своей действительности, считаются соответствующими новому порядку как единственному легитимному. Акты, осуществляемые в соответствии с этим порядком, теперь истолковываются как правовые, а нарушающие данный правопорядок факты — как правонарушения; предпосылается новая революционная основная норма: действительность нового правопорядка зависит от его действительности⁴⁰.

Закон вносит неожиданную подвижность в социальные институты, стремясь придать им больше справедливости и свободы. Но такая подвижность, еще и обеспеченная писаным законом, представляет для стабильности как правового идеала серьезную опасность, так как ведет к перманентному «революционному состоянию, при котором изменяющие силы приобретают больше влияния, чем силы устойчивости».

Средство обуздать подвижность закона обнаруживается в самом писаном законе, которому искусственным путем удается получить те же самые гарантии, которые естественным образом даются инструментами обычного права: это конституционные законы, поставленные над обыкновенными законами и необходимые для «прекращения революционного состояния» (М. Ориу).

На первый план тогда выдвигаются более «торжественные» (как любил говорить Дж. Вико) законы, которыми утверждаются основные институты корпоративного статуса. «Божественное право главы государства составляло монархический принцип, божественное право народа — революционный принцип, и новообретенное божественное право организованной национальной корпорации, членами-участниками которой состоят отдельные личности, становится всецело конституционным принципом»⁴¹. (Кондорсе заявлял: «Нельзя уменьшить неравенство, не увеличивая тем самым свободы, и наоборот»). Несоблюдение этого правила часто становилось причиной половинчатого характера революций: старые учреждения были уничтожены, но душа оставалась прежней, — деятели революции не всегда умели точно определять границу частных прав, за которую не должна была переходить деятельность государства. Но по замечанию критиков, уже сам революционный Конвент реставрировал абсолютистскую идею «государственного интереса», вновь предоставив государству полную власть над индивидуумом. Анри Мишель видел в революционном правотворчестве сосуществование двух главных идей: первая была представлена конституционной комиссией и выражала духовное влияние Монтескье, вторая — представленная Конвентом, направленная на огосударствление и находящаяся под

³⁹ Ориу М. Указ. соч. С. 98.

⁴⁰ Кельзен Г. Указ. соч. С. 167—168.

⁴¹ Ориу М. Указ. соч. С. 8—9.

влиянием идей Руссо; революционеры 1789 г. в обоих случаях рассматривали право как самый могущественный и насущный интерес, а не как нечто несоизмеримое ни с каким интересом⁴². В результате всего после революции сложилась стройная конфигурация элементов административной и абсолютной монархии, просвещенного деспотизма и индивидуалистического принципа.)

Субстанциональное право, не отделенное от нравственности и справедливости, отторгло нормативистский легализм существующего права. Место фикции непрерывной легальности стало занимать так называемое «живое» право. При отсутствии законодательных норм на первых этапах революции это право появлялось в форме «революционного правосознания», которое включало в себя и новую нравственность, и представления о справедливости. Использование такого правового источника всегда требовало соответствующей организации судебных структур и процедур: очевидная политизация юстиции обуславливалась тем, что само определение политического и неполитического оказывалось делом политиков: на теоретическом уровне господствующей правовой идеологией первого этапа революции всегда выступала «психологическая теория права».

Сущностью якобинской правовой идеологии была вера в возможность трансформации общества через всеохватную политическую деятельность. Эти ориентации уходили своими корнями в средневековые эсхатологические источники и выявляли сильную направленность на социальную и культурную активность и способности человека перестраивать общество в соответствии с тем или иным трансцендентным представлением: тем самым имела место значительная идеализация политик. И вместе с тем все эти ориентации проявились в попытках государственно-административной перестройки центров соответствующих обществ, в слиянии центра и периферии, упразднении посредничающих институтов и ассоциаций, т.е. структур гражданского общества в целом. В будущем эти якобинские компоненты еще долго будут присутствовать в популистских, социалистических, националистических и фашистских движениях⁴³.

⁴² Мишель А. Указ. соч. С. 102—103.

⁴³ Эйзенштадт Ш. Указ. соч. С. 34—35.

⁴⁴ Розеншток-Хюсси О. Указ. соч. С. 164—165.

Идея «верховного всеохватывающего Закона» впервые обсуждалась во время пуританской революции Кромвеля. Тогда этот закон воспринимался по аналогии с библейским как договор избранного народа, но даже в таком сакрализованном виде он был идеей достаточно четко сформулированной конституции, противопоставленной системе обычного права. И высший разум верховного закона, Конституции 1792 г. во Франции, и философские идеи Вольтера и Робеспьера явно выходили за пределы переменчивых мнений политиков: «Величественная, далекая, возвышенная и почетная, как традиция, конституция пребывала на олимпийских высотах, возвышаясь над всеми политическими страстями».

Идея писаной конституции, рожденная в недрах тайных обществ и сект, свидетельствовала о безграничной вере их адептов в силу человеческого разума и сознания. Поэтому предпочтение должно было отдаваться основным и стабильным принципам верховного закона, а не меняющимся искушениям момента, и поскольку конституция возбуждает благороднейшие и глубочайшие эмоции человека, она и будет обращена к той его части, благодаря которой он только и является человеком.

В ходе революции средние классы, придерживаясь в своем выборе политической середины между аристократами и крестьянами, продвигались вперед под этим знаменем Верховного Закона, их выбор падал на «права человека». «Триколор» стал флагом новой веры: где бы вы ни увидели трехцветный флаг, вы можете быть уверены, что находитесь в стране, основы которой были заложены идеями 1789 г., которые предполагают качественное различие между «священной» конституцией и повседневным рутинным законодательством⁴⁴.

* * *

Когда возмущенный неверием и меркантилизмом своего народа Моисей разбивает скрижали, на которых были записаны заповеди Бога, он совершает жест, которым обрекает погрязших в грехе людей на полное беззаконие. Высшие принципы так и останутся для них недоступным знанием: здесь Моисей — это настоящий революционер, в гневе своем

устраняющий последнее препятствие на пути «тайны беззакония»...

Еще Платон говорил, что «неписанные произведения предстают перед нашими глазами будто живые, но если их спрашивают, они с достоинством хранят молчание». Тот законодатель, кто пытается написать законы или «гражданские конституции» и воображает, что, написав их, придает им соответствующую несомненность и стабильность, ничего не ведет о вдохновении и безумии, справедливом и ложном, добром и злом. Все написанное является признаком слабости, невежества или страха, ведь «чем совершеннее постановление, тем оно меньше что-либо записывает»⁴⁵.

Но человек возомнил, будто обладает властью творить, тогда как имел только власть называть: «Он возомнил, будто сам является непосредственным создателем государственности, самой важной, самой сакральной и наиболее фундаментальной вещи морального и политического бытия» (Ж. де Местр). Платон же утверждал, что Бог доверил установление и устройство империй не людям, но ангелам. И необходимо всеми силами подражать этому первоначальному порядку, доверившись тому, что есть бессмертного в человеке.

«Сложилась своего рода волшебная сказка о том, что народ как целое и есть активный носитель политического процесса и что его действия всегда предпочтительнее действий отдельного индивида. За этой сказкой последовала курьезная теория о том, что демократический процесс принятия решений всегда обеспечивает общую пользу. При этом общей пользой объявлялось как раз то, к чему и приводит сама демократическая процедура»⁴⁶. (Революционный Конвент 1793 г. откровенно выражал намерение дать равенству законное преимущество перед свободой; в итоге принцип равенства оказывался «в полной гармонии с диктаторскими тенденциями Конвента», — ведь нет такого тиранического правительствa, которое не имело бы целью свести всех индивидов к одному уровню: «Ссылаясь на ложный принцип естественного и абсолютного равенства людей, находили и мнимое оправдание для тяжелой тирании, которой угнетали страну»)⁴⁷.

«Революционный разум лишь с некоторым опозданием произвел на свет гражданский кодекс и предельно централизованную систему управления». Настоящим творением политической воли стала только империя, наполеоновская воля была обязана своему революционному прошлому тем, что «оставалась волей, стремящейся к утверждению права... И предательством революционной мысли будет появление в XIX веке другой воли, стремящейся к утверждению воли к власти — темной силы, которая отказывалась действовать заодно со светом разума, считая его неосновательным»⁴⁸.

Установление абсолютной власти — всегда само по себе важное событие хотя бы потому, что речь здесь идет о власти сильной и стабильной, в юридическом плане эта тенденция всегда приводит к унификации и систематизации права. Власть уже не довольствуется только санкционированием частных кодификаций — она присваивает их, выдавая кодификацию за собственное творение; удовлетворяя естественную потребность подданных в правовой определенности, власть тем самым укрепляет собственный авторитет и решает свои важные политические проблемы.

Кодификация и централизация всегда были любимыми орудиями королей и диктаторов. Этому противостояла система «общего права», ведь прецедентом нельзя управлять с помощью королевских прерогатив, они — сами гарантия против деспотизма, поэтому пуританская революция и провозгласила: «Давайте выстроим нашу оборону за хаосом прецедентов». В отличие от постоянно возрождающегося из прошлого прецедента, кодекс выглядит как настоящий символ «остановленного времени» (Карбоне), и годы, следующие за его принятием, обычно не бывают богаты на правовые реформы, как будто кодификация уже опустошила всю накопленную законодательную энергию.

Однако и сами кодексы живут полноценной жизнью достаточно короткий период времени: задуманные как средство преодоления кризиса источников права (когда одного «революционного правосознания» уже явно недостаточно) и законодательной инфляции, кодексы воз-

⁴⁵ Местр Ж. де. Указ. соч. С. 91—92.

⁴⁶ Хайек Ф. Указ. соч.

⁴⁷ Дюги Л. Конституционное право. М., 1908. С. 696.

⁴⁸ Старобинский Ж. Поэзия и знание: История литературы и культуры. М., 2002. С. 385.

вращают равновесие в жизнь права, но лишь на некоторый момент, — «порвав с прошлым, они начинают стареть сразу же после своего принятия»⁴⁹.

Кодекс обычно замышляется как некий закрытый мир, «кодификация хочет быть исчерпывающей и верит, что может стать таковою» (Макс Вебер). С логической точки зрения кодекс представляется наиболее последовательным воплощением идеи системы в юридической сфере, системой координируемых и соподчиненных правовых совокупностей. Эту идею единого кодекса лелеял еще Иеремия Бентам, мечтавший собрать все нормы позитивного права в едином корпусе. Кодификация выглядит как «кристаллизация» права, мешающая адаптации права к меняющимся нравам и ситуации. Опасность здесь заключается в разделении и противостоянии между правом и нравами, законом и справедливостью, между «текстами, которые выражают право, и новыми потребностями, которые его творят» (Салейль)⁵⁰.

Особым пафосом отличается такой конституирующий акт, каким является декларация: ее задача не только провозглашать, но и закреплять провозглашаемое, фиксировать дух и идею закона. Декларация является, по сути, основным законом (временным или постоянно действующим), обязательным как для самого законодателя-учредителя, так и для обычного законодателя, подчиняющегося законодатель-учредителю. (По замечанию Леона Дюги, Декларация прав 1789 г. составляла интегральную часть Конституции 1791 г. и тем самым потеряла свою законную силу с того момента, когда был упразднен установивший ее политический строй.) Декларации обычно разделяют судьбу связанных с ними конституций, тогда как правовые положения, не имеющие чисто политического характера, но имеющие некое общее значение, могут применяться и независимо от формы правления, установленной конституцией, и действуют уже после падения самого этого правления, декларации на этом фоне и в этом контексте приобретают некоторым образом «священный и религиозный характер»⁵¹.

Основополагающее значение конституций состояло в том, что они требовали некоей

предварительной договоренности и особых усилий для того, чтобы придать себе авторитет и уважение, коими издавна традиционно пользовался закон. Как правило, это был результат борьбы партий и групп, но, будучи установленной, конституция логически воспринималась как первоисточник закона.

Однако сама конституция вовсе не определяла, что есть закон и что есть справедливость («публичное право проходит, а частное остается»). Если в результате революции или завоевания менялась вся структура правительства, большая часть «правил справедливого поведения», гражданского и уголовного права оставались в силе, даже в тех случаях, когда главной причиной революции было желание изменить некоторые из них: так происходило потому, что, только удовлетворив общие ожидания, новое правительство могло заручиться лояльностью подданных и тем самым обрести легитимность.

Конституции, таким образом, исходили из существующих «правил справедливого поведения» и давали лишь подходящий механизм для их претворения в жизнь. Законодательство же должно было направляться и руководствоваться не интересами, а убеждениями, т.е. объективизированными представлениями о том, какие действия правильны, а какие нет: справедливость тогда превращалась в адаптацию к незнанию частных фактов неких более общих представлений и принципов». (В то время как Франция декларировала «права человека» в своих конституциях, Германия формулировала права гражданина, вводя их в легальную кодификацию. В XVIII в. величественные законодательства Центральной Европы символизировали всеохватный взгляд на монархическое государство, не имея ничего общего ни с римским, ни с каноническим правом, — то и другое создавали законы, являвшиеся собранием индивидуальных решений, но не конституционными сводами. В немецком своде законов (1788) следы прецедентов были тщательно удалены, он решительно начинает с индивидуума и только затем переходит к объединениям разного рода.) В простых «неконституированных» видах правовой системы идея окончательного правила признания, высшего критерия и юридически неограниченной легислатуры как бы

⁴⁹ Кабрияк Р. Указ. соч. С. 129—130, 182—183.

⁵⁰ Цит. по: Кабрияк Р. Указ. соч. С. 156—157, 168.

⁵¹ Хайек Ф. Указ. соч. С. 153—154.

сливаются. Ибо там, где есть легислатура, не подчиненная никаким конституционным ограничениям и обладающая полномочием своим постановлением лишать все иные нормы права, исходящие из других источников, статуса законов, постановления этой легислатуры и есть высший критерий юридической действительности⁵².

Протестующий есть истинный верноподданный законодателя: вот что такое протестант. Революция провозгласила абсолютное «право голоса», логически и критически противопоставленное божественному праву и древнему авторитету, однако границы понятия «всеобщего права голоса» оставались неопределенными, поэтому это понятие вполне могло быть распространено на любую сферу политического существования. Это право опиралось на весьма неубедительную теорию равенства и стремилось завоевать себе полномочия на вечный пересмотр существующего положения вещей: «Именно после его появления конституции стали постоянно вызывать сомнения, а формы государственной власти — подвергаться непрерывным преобразованиям» (Якоб Бурхгардт)⁵³.

«Мания все сплошь реформировать неизбежно вызвала контрреволюции: излишняя свобода утомляет людей, как и всякое сильное возбуждение. Бунты не вредны только там, где натура еще не испорчена, — говорил Макиавелли, — но где много развращенных людей, там и хорошие законы ни к чему не послужат». («Образцовая» английская конституция, органически выросшая из характера нравов и обычаев англосаксов, будучи перенесена к латинским народам, послужила лишь препятствием их прогрессу и вызвала ряд революций⁵⁴.)

Жозеф де Местр утверждал: «Начала политических конституций существуют прежде всякого писаного закона». Все наиболее существенное, свойственное конституции и понастоящему фундаментальное для нее никогда не записывается и не сможет стать таковым, не подвергнув риску государство. Слабость и недолговечность конституции напрямую и в точности соразмерны множеству написанных конституционных статей: конституция не жела-

ет видеть судьбы мира фактов, полагая, что тем самым ее опровергает: взамен «случайности сильных личностей и обстоятельств править должна каузальность — вневременная, справедливая, неизменно одна и та же рассудочная взаимосвязь причины и действия»⁵⁵.

Конституирующие жизнь правовые формы являются так называемыми «нормативными фактами», существующими за пределами правовой сферы и порождающими собственное право; уже сами по себе эти нормативные факты «представляют доправовые факты союза или единства» (М. Шелер говорил в этой связи о доправовых «интернациональных актах, совершаемых сообща», а М. Ориу — о «единстве в идее»). Революционное «движение» как «доксическая» форма единства сама порождала необходимые для ее целей правовые нормы и формы, а правовая идея оказывалась имманентной фактическим формам объединений. Обусловленные этим конституционные фундаментальные принципы обладали, как представляется, сверхлегальным достоинством, которое возвышало их над любым организационным регулированием конституционного права или каким-либо частным материально-правовым регулированием, служащим их сохранению.

«Естественные законы», в отличие от позитивных, не имеют какого-то неизменного и регулируемого авторитета, они зачастую неопределенны и малопонятны, поэтому и требуется решительное вмешательство суверенной власти, которая только и способна вычленив их из спутанной массы, — власть не только устанавливает позитивные законы, но и выявляет и проясняет законы «естественные»: авторитет произвольных законов заключается лишь в силе, которую им дает тот, кто устанавливает законы, но основывать суждения и принимать решения можно только на основе «естественных» принципов справедливости (Ж. Дома)⁵⁶. Но право есть не убеждение, мнение, знание и т.п., короче говоря — не умственная сила, но сила нравственная, оно есть воля. Только воля и может дать праву то, на чем покоится его существо, — действительность, только она имеет реально образующую, творческую силу... И как

⁵² Харт Г. Л. А. Понятие права. С. 110.

⁵³ Бурхгардт Я. Указ. соч. С. 469.

⁵⁴ Ломброзо Ч. Политическая преступность и революция. СПб., 2007. С. 187.

⁵⁵ См.: Гурвич Г. Д. Указ. соч. С. 166—167.

⁵⁶ См.: Проди П. Указ. соч. С. 484—485.

может духовный взор разума охватить такое право, которое «находится в вечном состоянии дрожания и колебания»?⁵⁷ «Юридическая» конституция и применение ее нормативных определений сами не создают государственности, скорее государство, как политическое единство, есть основное условие для становления их значимости: «Конституция — это не договор, а решение, причем решение о способе и форме политического единства». Нормы же, учреждающие органы государства, только придают форму государственному действию, определяют необходимые процессуальные правила для дееспособности политического единства⁵⁸.

В революции произошло окончательное разделение «власти конституируемой» и «власти конституирующей». Эта последняя и стала ассоциироваться с «народом», в связи с чем выводилась за пределы политики и помещалась в некое неизменное, естественное состояние; конституируемая же власть вновь не гарантировалась учредительным собранием, т.е. властью конституирующей, поскольку оно само — такое собрание — неконституционно, поскольку по времени предшествует принятию конституции. Легальность новых законов, которые нуждались в «высшем законе и верховном господине», также получала свое начало все в той же «воле нации», которая как бы парила над всеми правлениями и законами.

Сама же национальная воля в ситуации кризиса и революции позволяла собой манипулировать как раз до того момента, когда

ответственность брал на себя появившийся из небытия диктатор: «Диктат же самой воли лишь на короткие периоды достигал фиктивного идеала национального государства — “единодушной воли народа” — но не воля, а интерес», это наиболее прочная структура общества, составлял подлинную основу национального государства⁵⁹.

Вверенная и установленная народом власть — довольно туманное юридическое понятие, выросшее из социально-этических корней; но в психологическом смысле подобная форма передачи власти вообще есть нечто абсолютно невозможное: у нас или есть власть, или ее у нас нет. Власть, которая дается только посредством юридических конструкций и писанных на бумаге конституций, не так уж и велика. И поэтому метафизическое «выведение власти из милости Божьей представляет собой все-таки наиболее удачный символ лежащего в основании переживания»⁶⁰.

Легалистская логика революционного мифа требовала наличия во главе формируемой ею системы правопорядка некоего, по сути, сакрального центра, исходной точки, главной нормы, из которой проистекает вся система и новый мир. Революционеры ошибались, полагая, что «конституция», т.е. та базовая норма, которую они могли наблюдать, и есть итог революции. Все оказалось сложнее. Основная норма, пока она существует, может стать только началом нового этапа «вечной революции», чего-то всегда нового и еще непознанного — ведь «скрижали» мифа так и остались расколотыми.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Агамбен Дж. Оставшееся время. — М., 2018.
2. Амфитеатров А. Дьявол в быту, легендах и в литературе Средних веков. — СПб., 2010.
3. Батай Ж. Суверенность // Проклятая часть. — М., 2006.
4. Беньямин В. К критике насилия // Учение о подобии. — М., 2012.
5. Бодрийяр Ж. В тени молчаливого большинства, или Конец социального // Ясперс К., Бодрийяр Ш. Призрак толпы. — М., 2007.
6. Гоббс Т. Сочинения : в 2 т. — М., 1989. — Т. 1.
7. Делюмо Ж. Ужасы на Западе. — М., 1994.
8. Дюги Л. Конституционное право. — М., 1908.
9. Жирар Р. Я вижу Сатану, падающего как молния. — М., 2015.

⁵⁷ Иеринг Р. Дух римского права // Сочинения. М., 2006. Т. 2. С. 292.

⁵⁸ Вёксенфёрде Э. В. Понятие политического как ключ к работам Карла Шмитта и государственному праву // Логос. 2002. № 5. С. 164—166.

⁵⁹ Арендт Х. Указ. соч. С. 223—225.

⁶⁰ Шпрангер Э. Формы жизни. М., 2014. С. 197.

10. *Исаев И. А.* Политическая демонология Карла Ясперса // *Философия и психопатология*. — М., 2006. — С. 130—133.
11. *Крик Э.* Продолжение идеализма. — М., 2004.
12. *Кьеркегор С.* Понятие страха. — М., 2014.
13. *Лосский В.* Очерк мистического богословия Восточной церкви // *Мистическое богословие*. — Киев, 1991.
14. *Мангейм К.* Человек и общество в эпоху преобразований // *Диагноз нашего времени*. — М., 1994.
15. *Местр Ж. де.* Опыт об общем начале политических конституций // *Об отсрочке божественного правосудия в наказании виновных*. — СПб., 2017.
16. *Ницше Ф.* Греческое государство // *Философия в гражданскую эпоху*. — М., 1994.
17. *Ортега-и-Гассет Х.* Восстание масс // *Дегуманизация искусства*. — М., 1991.
18. *Розенток-Хюсси О.* Великие революции. — М., 2002.
19. *Жижек С.* О насилии. — М., 2010.
20. *Шелер М.* Ресентимент. — М., 2000.
21. *Эвола Ю.* Люди и руины. — М., 2000.

Материал поступил в редакцию 16 марта 2018 г.

"THE MYSTERY OF LAWLESSNESS", OR REVOLUTIONARY JUSTICE. PART 3

ISAEV Igor Andreevich — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of History of the State and Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
 kafedra-igp@mail.ru
 125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The article is devoted to one of the most important problems of legal theory, namely, the problem of "just law." All great revolutions pursued the objective of achieving social justice that was primarily associated with the equality of all before the law. To a large extent, this explains surprising overlapping of algorithms in compliance with which the revolutions developed having passed through the same stages of formation. During the revolution, the idea of equality is often replaced by the idea of freedom. The clash of the old departing legal order with the new revolutionary legislative norms created a specific situation, a state of emergency, i.e. an anomie, when the operation of any law was suspended. However, the statehood itself, despite the change in its form, continued to exist. The need to create a new law required the development of a new legal order; as the result of the development of law, constitutive and regulatory acts that envisaged the newly established order were adopted. The author focuses on the historical experience of the English and French revolutions comparing it with the experience of other revolutions.*

Keywords: *law, statute, legality, legitimacy, legality, sovereignty, norm, constitution, custom, power, dictatorship, democracy, parliament, revolution, rebellion, insurrection, force, liberation.*

REFERENCES

1. Agamben J. *Homo sacer. Chrezvychaynoe polozhenie* [Homo sacer. State of Exception]. Moscow, 2011.
2. Agamben J. *Ostavsheesya vremya* [The Time that Remains]. Moscow, 2018.
3. Amfiteatrov A. *Dyavol v bytu, legendakh i v literature Srednikh vekov* [The Devil in Everyday Life, Legends and Literature of the Middle Ages]. St. Petersburg, 2010.
4. Bassiouni K. *Vospitanie narodoubiyts* [Macht Oder Mundigkeit]. St. Petersburg, 1999.
5. Bataille G. *Suverennost. Proklyataya chast* [Sovereignty. The Accursed Share]. Moscow, 2006.
6. Benjamin V. *K kritike nasiliya. Uchenie o podobii* [To the Criticism of Violence. The Doctrine of Similarity]. Moscow, 2012.
7. Baudrillard J. *V teni molchalivogo bolshinstva, ili konets sotsialnogo*. [In the Shadow of the Silent Majority, or the End of the Social]. Jaspers K., Baudrillard S. *Prizrak tolpy* [The Phantom of the Crowd]. Moscow, 2007.



6. Hobbes T. Works: In 2 vols. Moscow, 1989. Vol. 1.
7. Delumo J. *Uzhasy na zapade* [Horrors in the West]. Moscow, 1994.
8. Dyugi L. *Constitutional Law*. Moscow, 1908.
9. Girard R. *Ya vizhu satanu, padayushchego kak molniya* [I see Satan Fall Like Lightning]. Moscow, 2015.
10. Isaev I.A. Politicheskaya demonologiya Karla Yaspersa [Political demonology of Karl Jaspers]. *Filosofiya i psikhopatologiya* [Philosophy and Psychopathology]. Moscow, 2006.
11. Krik E. *Prodolzhenie idealizma* [Continuation of idealism]. Moscow, 2004.
12. Kierkegaard S. *Ponyatie strakha* [The concept of fear]. Moscow, 2014.
13. Lossky V. *Ocherk misticheskogo bogosloviya Vostochnoy tserkvi* [Essay on the mystical theology of the Eastern Church]. *Misticheskoye bogoslovie* [Mystical theology]. Kiev, 1991.
14. Mannheim K. *Chelovek i obshchestvo v epokhu preobrazovaniy* [The Man and the society in the era of transformation]. *Diagnoz nashego vremeni* [Diagnosis of our time]. Moscow, 1994.
15. Mestre G. *Sankt-peterburgskie vechera* [St. Petersburg evenings]. St. Petersburg, 1998.
16. Nietzsche F. *Grecheskoye gosudarstvo* [The Greek State]. *Filosofiya v grazhdaskuyu epokhu* [Philosophy in the Civil Epoch]. Moscow, 1994. Gumplovich L. *Osnovy sotsiologii* [Fundamentals of Sociology]. Moscow, 2010.
17. Ortega y Gasset J. *Vosstanie mass* [Accession of the masses]. *Degumanizatsiya iskusstva* [Dehumanization of art]. Moscow, 1991.
18. Rosenstock-Hussie O. *Velikie revolutsii* [Great Revolutions]. Moscow, 2002.
19. Zizek S. *O nasilii* [On Violence]. Moscow, 2008.
20. Scheler M. *Resentiment* [The resentment]. St. Petersburg, 1999.
21. Evola G. *Lyudi i ruiny* [People and ruins]. Moscow, 2000.

ИСПОЛНИТЕЛЬНАЯ ВЛАСТЬ И ГОСУДАРСТВЕННОЕ УПРАВЛЕНИЕ

Аннотация. Рассмотрено развитие представлений об органах государственного управления, которые долгие годы отождествлялись с исполнительными и распорядительными органами разных уровней. При этом никакие иные государственные структуры, вне зависимости от характера их работы и реального вклада в обеспечение деятельности государства, органами государственного управления не признавались. Вопрос о необходимости широкого понимания государственного управления встал на повестку дня во второй половине прошлого века с развитием кибернетики.

Как показано автором, для больших систем, к которым относится система государственного управления, характерно наличие информационных каналов, имеющих различную, весьма сложную структуру. Неполный учет субъектами государственного управления информации, которая должна поступать к ним по каналам обратной связи, приводит к выработке неоптимальных управленческих решений и неэффективности процесса управления. Этим обуславливается необходимость осуществления государственного управления за счет использования многих автономных информационных контуров, присущих разным ветвям власти и иным государственным органам.

Конституция РФ, установив разделение государственной власти на три ветви и их самостоятельность, отказалась от термина «органы государственного управления», а само государственное управление стало пониматься в широком смысле — как деятельность всех органов государственной власти и иных государственных органов. При этом система исполнительной власти является мощной подсистемой всей системы государственного управления. Рассмотрены особенности этой подсистемы, которые выделяют ее среди других подсистем системы государственного управления. В частности, показано, что подсистема исполнительной власти структурно моделирует систему государственной власти, обладает большой инерционностью и выполняет основную часть управленческих функций всей системы государственного управления. При нестабильных, нештатных, кризисных состояниях последней ее устойчивость способна обеспечить лишь система исполнительной власти.

Положения, высказанные в статье, иллюстрируются практикой государственного управления СССР и постсоветской России.

Ключевые слова: государственная власть, исполнительная власть, государственные органы, социальное управление, государственное управление, органы государственного управления, информационные каналы, прямая связь, обратная связь, система, подсистема, устойчивость системы.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.140.7.024-038

© Россинский Б. В., 2018

* Россинский Борис Вульфович, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры административного права и процесса Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный юрист РФ

boris.rossinskiy@gmail.com

125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Многие годы исполнительные и распорядительные органы отождествлялись с органами государственного управления. В соответствии со ст. 37 Конституции РСФСР 1918 г.¹ Совету Народных Комиссаров (в дальнейшем — Совнарком, СНК) принадлежало *общее управление* (курсив наш. — Б. Р.) делами Российской Социалистической Федеративной Советской Республики, а его члены, согласно ст. 42, стояли во главе отдельных народных комиссариатов (наркоматов).

Подход к природе управления делами государства со стороны Совнаркома СССР и союзных наркоматов получил развитие в тексте Конституции (Основного Закона) Союза Советских Социалистических Республик 1924 г.², в ст. 37 которой закреплялось, что Совет Народных Комиссаров СССР является исполнительным и распорядительным органом Центрального Исполнительного Комитета СССР, состоит из председателя СНК, заместителей председателя СНК и народных комиссаров. Заметим, что тезис об управлении Совнаркомом делами Союза ССР в ст. 37 Конституции СССР отсутствовал, однако в ст. 49 уже определялось, что народные комиссариаты образуются для непосредственного руководства отдельными отраслями *государственного управления* (курсив наш. — Б. Р.), входящими в круг ведения СНК СССР. Данной нормой впервые был узаконен термин «государственное управление». Более того, с этого времени народные комиссариаты и появившиеся впоследствии в дополнение к ним комитеты, государственные комиссии, комиссии, управления (а затем министерства, государственные комитеты и др.), как и сами Совет Народных Комиссаров СССР (Совет министров СССР) и совнаркомы (советы министров) входящих в СССР республик, исполнительные и распорядительные органы (исполкомы) Советов депутатов трудящихся разных уровней постепенно в обиходе стали именоваться «органами государственного управления».

Такое их название получило официальное закрепление в Конституции (Основном Законе) Союза Советских Социалистических Республик 1936 г.³, в которой глава V была обозначена как «Органы государственного управления Со-

юза Советских Социалистических Республик», а глава VI — как «Органы государственного управления союзных республик». В статьях указанных глав (ст. 72, 75, 76, 84, 87, 88) определялось, что народные комиссары и народные комиссариаты руководят отраслями государственного управления. Но главное, что по смыслу данных глав Совнарком СССР, совнаркомы союзных республик, союзные и республиканские наркоматы прямо были отнесены к органам государственного управления. С учетом того обстоятельства, что в соответствии со ст. 70 и 83 Конституции в составы СНК СССР и СНК союзных республик были включены руководители и ряда других ведомств (уже отмеченных выше государственных комиссий, комиссий, комитетов, управлений), эти ведомства также являлись органами государственного управления.

Естественно, деятельность исполнительных и распорядительных органов понималась как государственное управление в различных законодательных и подзаконных нормативных правовых актах, в научной и учебной литературе. Соответственно все исполнительные и распорядительные органы именовались органами государственного управления. Более того, никакие иные государственные структуры, вне зависимости от характера их работы и реального вклада в обеспечение должного развития государства, его безопасности, не признавались органами государственного управления.

Подобное жесткое разделение органов государственного управления и иных государственных органов было обусловлено бытовавшим на протяжении многих лет лозунгом, что «вся власть принадлежит Советам», юридически закрепленным в Конституциях страны 1918, 1924, 1936 гг. Так, в Конституции СССР 1936 г. устанавливалось, что политическую основу государства составляли Советы депутатов трудящихся (ст. 2), а вся власть принадлежала трудящимся в лице Советов (ст. 3). Будучи единственными органами, наделенными властными полномочиями, Советы должны были руководить всем комплексом государственной деятельности, распределенной по разным органам, к которым в тот период отно-

¹ См.: Декреты Советской власти. М. : Государственное издательство политической литературы, 1959. Т. II. С. 550—564.

² Конституция (Основной Закон) Союза Советских Социалистических Республик. С приложением важнейших действующих узаконений об организации и деятельности центральных органов Союза ССР. М. : Юридическая литература Наркомюста, 1924.

сились суд, прокуратура, органы государственного управления. Применительно к последним в ст. 97 Конституции СССР 1936 г. было прямо сказано, что Советы депутатов трудящихся руководят подчиненными им органами управления.

Такой теоретико-идеологический подход был незыблемым, хотя реальная практика государственного управления не только в предвоенный период и в войну, но и в последующие годы неоднократно давала повод задуматься о целесообразности его изменения. Мы уже приводили хрестоматийный пример по организации управленческой деятельности, отличной от конституционных положений⁴. Приведем его еще раз.

В 1938 г. при Совнаркоме СССР был образован Комитет обороны, однако 30 мая 1941 г. он был упразднен. Пришли к выводу, что с существовавшими тогда функциями Комитета вполне справится сам Совнарком СССР. Однако уже через неделю после начала Великой Отечественной войны (29 июня 1941 г.) стало ясно, что в сложившихся экстремальных условиях, несмотря на наличие в стране мощного Совнаркома СССР, которому был подчинен ряд оборонно-промышленных наркоматов, для обеспечения эффективности системы государственного управления необходимо создать не предусмотренный Конституцией СССР орган, наделенный полномочиями не только Совнаркома СССР, но и частично Верховного Совета СССР, даже Центрального комитета партии⁵. Такой орган — Государственный Комитет Обороны (ГКО) — был образован на следующий день. Отметим, что ГКО, где сосредоточилась вся полнота власти, решал важнейшие вопросы управления страной. Естественно, достаточно полномочий оставалось в Совнаркоме СССР, Госплане, Совете по эвакуации и других органах. Жизнь доказала разумность и своевременность подобной перестройки системы управления.

Нас заинтересовали оценки эффективности деятельности Государственного Комитета Обороны, данные через много лет после войны

и содержащиеся в мемуарах Д. Ф. Устинова⁶, возглавлявшего в военное время Наркомат вооружения СССР. Из 220 страниц текста книги, относящегося к периоду войны, о деятельности ГКО говорится 32 раза на 27 страницах, причем всегда с уважением к работе Комитета и принятым им решениям. При этом о работе Совнаркома СССР упоминается три, максимум четыре раза. Интересно, что «в конце декабря 1942 года на заседании ГКО были рассмотрены итоги работы советской экономики в первом периоде войны»⁷. Спрашивается, а где был Совнарком СССР, ведь это фактически его задача? И подобных примеров в книге немало.

Учитывая, что оба органа возглавлял И. В. Сталин, нет сомнений, что в ГКО, представлявшем собой, как уже отмечалось, комплексную управленческую структуру (которая, по сути дела, выполняла функции всесоюзного советского органа, высшего органа государственного управления страны и даже партийного руководства), было больше возможностей для объективной оценки ситуации и принятия оптимальных решений, чем в СНК СССР.

Вопрос о необходимости широкого понимания государственного управления, т.е. не только как деятельности исполнительных и распорядительных административных структур, а как совокупной работы всех государственных органов, стал актуальным в 50-е гг. прошлого века. Это было обусловлено как анализом недостатков в практике государственного управления, так и, главным образом, появлением в 1948 г. и дальнейшим бурным развитием кибернетики — науки об управлении, регулировании, приеме, обработке и выдаче информации в сложных динамических системах.

Отметим, что отношение к идеям основоположника кибернетики Норберта Винера у нас в стране в первые годы существования новой науки было неоднозначным. В тот период в научной и научно-популярной литературе, в периодической печати появился ряд статей критической направленности. Приведем содержание одной из них. «Буржуазная печать широко разрекламировала новую науку — ки-

³ Конституция (Основной Закон) Союза Советских Социалистических Республик. М. : Издательство партийной литературы, 1937.

⁴ См., например: *Россинский Б. В.* Реализация концепций административной реформы // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2018. № 1 (41). С. 34.

⁵ См.: *Микоян А. И.* Так было. Размышления о минувшем. М. : Вагриус, 1999. С. 340—341, 390—392.

⁶ *Устинов Д. Ф.* Во имя победы. М. : Центрполиграф, 2016.

⁷ *Устинов Д. Ф.* Указ. соч. С. 236.

бернетику. Эта модная лжетеория, выдвинутая группой американских “ученых” претендует на решение всех стержневых научных проблем и на спасение человечества от всех социальных бедствий. Кибернетическое поветрие пошло по разнообразным отраслям знания: физиологии, психологии, социологии, психиатрии, лингвистике и др. По утверждению кибернетиков, поводом к созданию их лженауки послужило сходство между мозгом человека и современными сложными машинами»⁸. А в Кратком философском словаре, изданном Государственным издательством политической литературы в 1954 г., кибернетика характеризовалась как «реакционная лженаука»⁹.

Думается, что одним из аргументов негативного у нас отношения к кибернетике со стороны ее оппонентов (может быть, неосознанным ими аргументом, но «прочно вбитым в головы» текстом конституций страны и соответствующей юридической терминологией) являлось сложность, нежелание и, видимо, даже боязнь понимания государственного управления как комплексной деятельности всех государственных органов, а не только исполнительного и распорядительного административного аппарата. Между тем именно к такому выводу приходили сторонники кибернетики. В этой связи интересно, что ярый приверженец этой науки академик В. Г. Афанасьев (несмотря на то, что входил в высшую партийную номенклатуру страны) за 25 лет до принятия Конституции РФ, определившей существование в России трех независимых ветвей власти, и за 10 лет до принятия последней Конституции СССР 1977 г., размышляя о возможностях кибернетики для совершенствования управления государством, использовал понятия законодательной власти и исполнительной власти¹⁰.

Действительно, согласно постулатам кибернетики сбор, передача и анализ информации являются органической частью управления, в том числе социального. Как замечал Н. Винер, «жить — это значит жить, располагая правильной информацией. Таким образом, сообщение и управление точно так же связаны с самой

сущностью человеческого существования, как и с жизнью человека в обществе»¹¹. Социальное управление невозможно без большого числа взаимодействующих между собой элементов, соединенных широкой сетью прямых и обратных связей. Связи, соединяя составные элементы системы социального управления, ее управляющие и управляемые блоки, обеспечивают движение информации по системе и тем самым — возможность решать стоящие перед обществом задачи.

Для осуществления управления одних прямых связей, т.е. связей для передачи вырабатываемых в системе решений к управляемому объекту, в подавляющем большинстве случаев бывает недостаточно, ибо субъекту управления необходима информация о состоянии объекта и о его реакции на управленческие решения. Потребность в такой информации обусловлена зависимостью новых решений от результатов воздействия на систему предыдущих. Обратные связи, обеспечивающие прохождение этой информации по системе, служат базой для формирования корректирующего воздействия на систему. Опять обратимся к Н. Винеру, писавшему, что «должностные лица — будь то в правительстве, в университете или в акционерном обществе — должны принимать участие в двустороннем потоке связи, а не просто отдавать приказы, исходящие сверху. Иначе может оказаться, что высшие должностные лица основывают свою политику на совершенно неправильном представлении о фактах, которыми располагают их подчиненные»¹².

Для больших систем, к которым относится система государственного управления, характерно наличие как относительно простых каналов прямой связи и обратной связи, так и их комбинаций, имеющих различную, нередко весьма сложную структуру. Анализ механизмов управления государством в целом, отдельными отраслями и сферами хозяйства свидетельствует, что во всех странах эффективное управление неосуществимо без использования всего или почти всего набора возможных каналов прямой и обратной свя-

⁸ Ярошевский М. Кибернетика — «наука» мракобесов // Литературная газета. 1952. 5 апр. № 42 (2915). С. 4.

⁹ Краткий философский словарь. М. : Госполитиздат, 1954. С. 236.

¹⁰ Афанасьев В. Г. Научное управление обществом (Опыт системного исследования). М. : Политиздат, 1968. С. 148.

¹¹ Винер Н. Кибернетика и общество. М. : Тайдекс Ко, 2002. С. 27.

¹² Винер Н. Кибернетика и общество. С. 51.

зи. Особо подчеркнем, что неучет субъектами государственного управления хотя бы части той информации, которая поступает (а точнее, должна поступать) к ним по каналам обратной связи, ее недооценка и недостаточный анализ приводят к выработке неоптимальных управленческих решений и неэффективности процесса управления. Эффективное управление любой большой системой достигается лишь при учете, анализе и обобщении всей информации, поступающей по каналам обратной связи, преимущественно от независимых друг от друга источников. Этим, собственно, и обусловливается с точки зрения кибернетики необходимость осуществления государственного управления за счет использования многих, причем желательных автономных, информационных контуров, присущих как одной, так и разным ветвям власти, иным государственным органам, с надлежащей координацией их функционирования¹³.

Как известно, в разных странах выработаны оптимальные механизмы государственного управления, в которых задействованы такие независимые управленческие структуры, как законодательная и исполнительная власть разных уровней, судебная власть, банковская система, прокуратура и другие надзорные органы, различные контрольные органы (например, счетные палаты), иные государственные органы. Более того, эффективно управлять государством невозможно без включения в процесс управления органов местного самоуправления. По словам Ю. А. Тихомирова, «муниципальное управление в основных чертах сходно с государственным управлением, ибо [они] являются разновидностями управления в широком смысле»¹⁴. Нельзя также игнорировать значение (порой существенное) для организации должного государственного управления работы различных общественных институтов¹⁵.

Наличие в системе государственного управления разнообразных по структуре каналов обратной связи способствует и сохранению устойчивости системы, противодействует возможности ее разрушения, превращения в дру-

гую систему¹⁶. Это определенная помощь государству прежде всего в условиях социальных потрясений, которые происходили и, к сожалению, продолжают происходить в разных странах. Известно немало случаев благоприятного развития нежелательных для государств событий, когда правильная организация системы государственного управления, позволявшая должным образом оперативно трансформировать работу и взаимодействие ее подсистем (ветвей власти, различных органов, регионов), сконцентрировать функции нескольких из них в одной подсистеме (как нередко говорят, «перераспределить силы»), обеспечивала устойчивость всей системы, ее сохранение. Безусловно, речь идет не только о социальных потрясениях. Это могут быть сбои в функционировании системы государственного управления в условиях экономического кризиса, в других нештатных ситуациях. Это могут быть отклонения от нормальной деятельности той или иной организации, вызванные плохим менеджментом и др.

Отсутствие соответствующих каналов прямой и обратной связи в системе государственного управления нашей страны, в частности подчинение до 90-х гг. прошлого века исполнительных и распорядительных органов Советам депутатов (в нынешней терминологии — органов исполнительной власти органам законодательной власти), не позволяло в должной мере использовать кибернетические подходы в организации государственно-управленческой деятельности.

Вместе с тем начиная с середины 50-х гг. прошлого века в СССР проводились серьезные исследования как по общим проблемам кибернетики и теории управления, так и по вопросам социального, в частности государственного, управления. Важность управления для нормального существования государства и общества, улучшения жизни людей подчеркивали многие ученые. В частности, упомянутый уже выше В. Г. Афанасьев писал, что «социальные системы относятся к классу *самоуправляемых* систем, то есть систем, которым присущи механизмы, факторы управления.

¹³ Подробнее об этом см.: *Россинский Б. В.* Размышления о государственном управлении и административной ответственности // *Административное право и процесс.* 2016. № 5. С. 7—9.

¹⁴ *Тихомиров Ю. А.* Управление на основе права. М. : Формула права, 2007. С. 30.

¹⁵ *Тихомиров Ю. А.* Управление делами общества. М. : Мысль, 1984. С. 153—192.

¹⁶ См.: *Винер Н.* Кибернетика, или Управление и связь в животном и машине. 2-е изд. М. : Советское радио, 1968. С. 157—181.

Они-то и обеспечивают целостность системы, ее функционирование, совершенствование и развитие»¹⁷. И далее: «Управление — непреходящее, внутренне присущее свойство общества на любой ступени его развития. Это свойство имеет *всеобщий характер* и вытекает из системной природы общества, из общественного, коллективного труда людей, из необходимости общаться в процессе труда и жизни, обмениваться продуктами своей материальной и духовной работы».

Если говорить об особенностях государственного управления как части всего социального управления, то необходимо обратиться к исследованиям ученых-юристов, специалистов в области административного права. Так, в ставшей уже классической монографии «Предмет советского административного права» Ю. М. Козлов сформулировал положение о том, что следует различать два вида государственно-управленческой деятельности — «исполнительно-распорядительную деятельность, осуществляемую органами государственного управления, и управленческую деятельность, осуществляемую другими государственными органами, а также общественными организациями»¹⁸. И тут же сделал крайне важное, рассчитанное скорее на перспективу, чем на потребу дня, замечание: «Понятия “управление” и “исполнительно-распорядительная деятельность” не во всех случаях совпадают»¹⁹. Как показало развитие подходов к государственному управлению за прошедшие с тех пор 50 лет, далеко вперед смотрел Юрий Маркович, намного опередил он свое время!

При этом следует отметить, что о таком же подходе к понятию государственного управления за 10 лет до Ю. М. Козлова фактически рассуждал и С. С. Студеникин в своем последнем учебнике по административному праву (вышедшем в 1959 г., почти через два года после его смерти), который был написан совместно с В. А. Власовым²⁰.

Развивая взгляды на понятие государственного управления, Ю. М. Козлов стал исполь-

зовать термины «государственное управление в широком смысле» и «государственное управление в узком смысле». Так, например, в учебнике по советскому административному праву, опубликованном в 1973 г., он писал, что «функции социалистического государства выполняются всеми его органами: органами государственной власти, органами государственного управления, органами суда и органами прокуратуры. На этой основе деятельность всех государственных органов или вся государственная деятельность характеризуется как управление»; «о государственном управлении можно говорить в *широком* смысле, понимая под ним всю деятельность социалистического государства по организующему воздействию на общественные отношения». В то же время «выделяются самостоятельные виды советской государственной деятельности (осуществление власти, управления, правосудия и прокурорского надзора), закрепленные конституционно. Эти виды (формы) представляют собой части единой деятельности по осуществлению функций социалистического государства и различаются конкретным назначением, субъектами и способами осуществления. Исходя из этого выделяется государственное управление в *узком* (собственном) смысле»²¹.

Конституция (Основной Закон) СССР 1977 г., не изменив существовавшую концепцию разделения органов государственной власти и органов государственного управления, тем не менее в ст. 6—8 усилила роль общественных организаций, прежде всего КПСС, а также трудовых коллективов в политической системе страны²².

В свете новой советской конституции Ю. М. Козлов расширил представления о негосударственных институтах, участвующих в управлении страной. В этой связи, продолжая отстаивать наличие управления в широком и узком смыслах, он стал чаще употреблять вместо государственного управления термин «социальное управление». Так, например, в учебнике по советскому административно-

¹⁷ Афанасьев В. Г. Общество: системность, познание и управление. М.: Политиздат, 1981. С. 29.

¹⁸ Козлов Ю. М. Предмет советского административного права. М.: Изд. Московского университета, 1967. С. 16.

¹⁹ Козлов Ю. М. Указ. соч. С. 17.

²⁰ Власов В. А., Студеникин С. С. Советское административное право. М.: Юрид. лит., 1959. С. 7.

²¹ Советское административное право / А. П. Алехин, П. Т. Василенков, Ю. М. Козлов [и др.]; под ред. Ю. М. Козлова. М.: Юрид. лит., 1973. С. 8—9.

²² Конституция (Основной Закон) Союза Советских Социалистических Республик. М.: Политиздат, 1977.

му праву, опубликованном в 1985 г., ученый писал, что «система социального управления в СССР многопланова. В широком смысле — это функционирование закрепленной Конституцией СССР политической системы советского общества, включающей как ее государственные элементы (органы государства), так и негосударственные (КПСС, общественные организации, трудовые коллективы)»²³. Обратим внимание, что здесь Ю. М. Козлов говорил об органах государства вообще, а не только об органах государственного управления в их конституционном понимании. Далее он писал «в узком, или собственном, смысле под управлением понимается практическая деятельность органов социалистического общенародного государства, которые в Конституции СССР, конституциях союзных и автономных республик характеризуются как органы государственного управления»²⁴.

Идеи Ю. М. Козлова были в определенной степени развиты другими советскими административистами. Например, А. Е. Лунев, который так же понимая государственное управление, как разновидность социального управления, писал о широком и узком его смыслах. В первом случае это деятельность всех государственных органов, во втором — лишь исполнительных и распорядительных органов²⁵.

Отсутствие у многих ученых догматического взгляда на управление государством как исключительно на работу исполнительных и распорядительных органов (рассматриваемых советскими конституциями в качестве единственных органов государственного управления), признание ими допустимости широкого подхода к государственно-управленческой деятельности способствовали созданию теоретической основы изменений, произошедших в системе управления страной в первой половине 90-х гг. прошлого века. Естественно, понимание неизбежности кардинальных изменений в системе государственного управления формировалось не только у исследователей соответствующих управленческих процедур, но и у хозяйственной номенклатуры, политиче-

ского руководства страны, что привело в конце концов к отказу в новой конституции — Конституции Российской Федерации²⁶ — от понятий «государственное управление» и «органы государственного управления».

Государственное управление теперь фактически рассматривается как совокупная деятельность всех ветвей власти и иных государственных органов, т.е. широко. Старый узкий подход, когда оно отождествлялось лишь с работой исполнительных и распорядительных органов, и присущая этому подходу терминология уходят в прошлое. Используемый нами глагол «уходят» (а не «ушли») объясняется тем, что новый подход трудно приживается в умах людей. Как мы уже писали²⁷, это обусловлено не только инерцией мышления, но и тем обстоятельством, что в действительности реализация методов государственного управления занимает разный объем в деятельности органов законодательной, исполнительной и судебной власти, прокуратуры, Центрального банка РФ, других государственных органов. Ведь управление включает в себя не только принятие управленческого решения, но и осуществление непосредственного управленческого воздействия на объект управления, т.е. исполнение принятого решения. А с учетом сказанного следует признать, что государственное управление в существенных масштабах осуществляется органами исполнительной власти и проявляется в разнообразных формах.

Помимо принятия управленческих решений в виде издания большого количества правовых актов управления, они осуществляют огромный объем полномочий, связанных с оказанием непосредственного управленческого воздействия на объекты управления, обеспечением выполнения установленных правил, претворением в жизнь требований законодательных и иных актов. Органы исполнительной власти выдают различные удостоверения, документы, разрешения на определенные виды работ, осуществляют регистрационные и другие исполнительные действия. Наконец, в установленных законом случаях должностные лица органов

²³ Советское административное право / А. П. Алехин, А. А. Кармолицкий, Ю. М. Козлов [и др.] ; под ред. Ю. М. Козлова. М. : Юрид. лит., 1985. С. 6.

²⁴ Советское административное право / А. П. Алехин, А. А. Кармолицкий, Ю. М. Козлов [и др.]. С. 6.

²⁵ Лунев А. Е. Теоретические проблемы государственного управления. М. : Наука, 1974. С. 7—8.

²⁶ Конституция Российской Федерации. М. : Юрид. лит., 1993.

²⁷ См.: Россинский Б. В. Размышления о государственном управлении и административной ответственности. С. 9—10.

исполнительной власти применяют меры административного принуждения, назначают административные наказания.

Кроме того, управление, а государственное управление в особенности, требует постоянного и непосредственного руководства управляемой системой. Это означает, что субъекты государственного управления должны ежедневно, а в ряде случаев просто в оперативном порядке оказывать управленческое воздействие на крайне великое количество хозяйствующих, административно-политических, социально-культурных и иных объектов управления. Осуществление подобных полномочий, занимающих подавляющий объем во всей государственно-управленческой деятельности, под силу лишь органам исполнительной власти, исходя из особенностей их организационного построения. Ведь одна из главных черт органов исполнительной власти, требующая пристального внимания при определении их управленческих возможностей, — субординационность, иерархичность их системы. Подобная организация, не свойственная ни законодательным, ни судебным органам, позволяет, в отличие от них, решать многие сложные управленческие задачи.

С учетом сказанного очевидно, что органы исполнительной власти образуют не просто самостоятельную систему исполнительной власти, а такую систему, которая является мощной подсистемой всей системы государственного управления. Этой подсистеме свойственны особенности, которые качественно выделяют ее среди других подсистем системы государственного управления.

Во-первых, подсистема исполнительной власти намного превосходит остальные подсистемы государственной власти и по числу государственных органов, и по их разветвленности, и по количеству государственных служащих.

Во-вторых, подсистема исполнительной власти структурно моделирует всю систему государственной власти, что не присуще ни законодательной, ни судебной ветвям власти, ни иным государственным органам. К. С. Бельский пишет по этому поводу, что «из трех подсистем государственной власти — законодательной, исполнительной и судебной — исполнительная более всего копирует государство в целом и осуществляет те

же функции, но на своем уровне: “законодательствует” — занимается правотворчеством, применяет право, “судит” — осуществляет юрисдикцию»²⁸. Можно дискутировать с К. С. Бельским, целесообразно ли в данном контексте использовать такие формулировки, как «законодательствует», «судит», «осуществляет юрисдикцию», но с его суждением о том, что «из трех подсистем государственной власти — законодательной, исполнительной и судебной — исполнительная более всего копирует государство в целом...», мы согласны. В этой мощной подсистеме системы государственной власти заложен тот же механизм сдержек и противовесов, который свойственен всей головной системе, что свидетельствует о возможности системы исполнительной власти к самосохранению.

В-третьих, подсистема исполнительной власти обладает большой инерционностью. Данное обстоятельство естественно, поскольку исполнительная власть намного превосходит другие ветви власти по числу органов, их разветвленности и количеству государственных служащих. Все это ведет к росту степени ее инерционности. Казалось бы, раз подсистема инерционна, каким образом она будет оперативно реагировать на поступающие сигналы и принимать управленческие решения? Но ведь инерционность — это не отсутствие быстроты в анализе ситуации и принятии решений, а, скорее, «разумный консерватизм», способность сдерживать негативные тенденции в управлении и с учетом новых обстоятельств следовать намеченному системному курсу, «увлекая за собой» остальные элементы системы. Другими словами, будучи инерционной, подсистема исполнительной власти сопротивляется попыткам проведения одномоментных преобразований.

В-четвертых, в силу первых трех особенностей подсистема исполнительной власти может быть дублером всей системы государственного управления, взять на себя выполнение значительно большего числа функций (в том числе осуществляемых иными подсистемами системы государственного управления), а в случае необходимости — обеспечить их системную координацию. Другими словами, она способна в сложных социально-политических, социально-экономических условиях функционально

²⁸ Бельский К. С. Феноменология административного права. Смоленск : Изд. Смоленского гуманитарного университета, 1995. С. 36.

заменить всю систему государственного управления.

В-пятых, подсистема исполнительной власти при нестабильных, нештатных, кризисных состояниях системы государственного управления способна обеспечить устойчивость последней, спасти ее от разрушения. Выше мы отсылали читателей к работе Н. Винера, из которой следует, что сохранение устойчивости в принципе свойственно любым сложным системам, имеющим разнообразные по структуре каналы обратной связи²⁹. При этом, как показывает опыт управления социальными системами, сохранение их устойчивости возможно только тогда, когда в них имеется мощная подсистема, структурно моделирующая саму головную систему, соразмерная с ней по объему, как правило, обладающая большой инерционностью, но тем не менее выполняющая основную часть управленческих функций головной системы, — ее дублер³⁰. Исходя из первых четырех особенностей подсистемы исполнительной власти именно она отвечает таким требованиям.

Не случайно лидеры различных стран либо непосредственно возглавляют исполнительную власть, либо при наличии самостоятельного главы исполнительной власти наделены немалыми, а порой просто значительными полномочиями, присущими данной ветви государственной власти, либо главы исполнительной власти фактически полностью подконтрольны и подотчетны главам государств. В обеспечении последнего варианта, помимо реализации соответствующих положений конституций тех или иных стран, существенная роль принадлежит, как правило, жесткой корпоративной дисциплине в правящих партиях, а также устраивающим реального лидера его взаимоотношениям с главой исполнительной власти.

В противных случаях система государственного управления в экстремальных ситуациях может начать терять устойчивость и даже, разрушившись, перейти в другое состояние.

Сказанное прекрасно иллюстрируется практикой государственного управления РСФСР, СССР и постсоветской России. Невзирая на положения указанных выше Конституций 1918, 1924, 1936 и 1977 гг., реальные

лидеры государства, начиная с В. И. Ленина, стремились к юридическому или по крайней мере фактическому руководству правительством (оценка имевшим место исключениям дается дальше).

Будучи Генеральным секретарем Центрального комитета ВКП(б), И. В. Сталин через шесть лет после смерти В. И. Ленина «продвинул» на должность Председателя Совета Народных Комиссаров СССР вместо оппозиционного А. И. Рыкова во всем послушного В. М. Молотова, а затем и сам возглавил СНК. Более того, в последние месяцы его жизни была упразднена должность Генерального секретаря ЦК партии, ибо И. В. Сталину как лидеру государства достаточно было руководить лишь Советом министров СССР. В исторической литературе, в различных мемуарах не раз отмечалось, что в критических ситуациях, в частности в период Великой Отечественной войны, сосредоточение в одних руках властных полномочий, особенно свойственных исполнительной власти, сыграло значительную роль в организации должного государственного управления.

После смерти И. В. Сталина в течение полугода руководителем страны считался Г. М. Маленков — Председатель Совета министров СССР. Стремясь к лидерству в государстве и став Первым секретарем ЦК КПСС, Н. С. Хрущев заменил Г. М. Маленкова лояльным и мягким по характеру Н. А. Булганиным, а через несколько лет сам возглавил Советское правительство. Думается, что Н. С. Хрущев не осознавал в полной мере необходимость нахождения его на должности Председателя Совета министров, в нем скорее сработали интуиция и желание иметь всю власть в стране. В своих воспоминаниях он даже частично признался в этом. Говоря, что не хотел занимать вторую должность, видя не только бесполезность, но и вред совмещения постов, а стал главой Правительства только под давлением окружающих, он все же написал: «Сказалась моя слабость, а может быть, подтачивал меня внутренний червячок, ослабляя мое сопротивление»³¹.

Несмотря на большие ошибки в руководстве страной, что в конце концов привело к его отставке, за годы пребывания Н. С. Хрущева

²⁹ Винер Н. Кибернетика, или Управление и связь в животном и машине. С. 157—181.

³⁰ Более подробно об этом см.: Россинский Б. В. Размышления о государственном управлении и административной ответственности. С. 10—14.

³¹ Хрущев Н. С. Время, люди, власть : воспоминания : в 4 кн. М. : Московские новости, 1999. Кн. 2. С. 207—208.

у власти значительное число проблем было успешно решено, причем решено в немалой степени за счет того, что у него, помимо партийных, были и полномочия Председателя Совета министров СССР: это и начало процесса разрядки в международных отношениях, в том числе ликвидация Карибского кризиса (хотя с именем Н. С. Хрущева связывается и само возникновение кризиса), и научно-технический прогресс страны, создание ее ракетно-ядерного потенциала, покорение космоса и многое другое. Положительные стороны совмещения Н. С. Хрущевым должностей руководителя партии и главы Правительства рассмотрены в ряде публикаций³².

Мы убеждены, что, если бы он занял пост Председателя Президиума Верховного Совета СССР (как это сделал впоследствии Л. И. Брежнев), а не Председателя Совета министров СССР, Н. С. Хрущев не смог бы осуществить многое из того благого, что им в действительности было сделано. Объясняется это просто: и система КПСС, и система исполнительной власти (в терминологии тех лет — система органов государственного управления) обладали не только самыми разветвленными структурами информационных каналов, но и наиболее значительными властными полномочиями.

Традицию нарушил Л. И. Брежнев, который, будучи Генеральным секретарем ЦК КПСС, юридически так и не стал главой Правительства (в 1977 г. он повторно был избран на должность Председателя Президиума Верховного Совета СССР). К тому же А. Н. Косыгин хорошо исполнял обязанности Председателя Совета министров СССР³³, а подчиняясь принципам партийной дисциплины, не настаивал на реализации своих идей и был полностью подконтролен Л. И. Брежневу. Тем не менее отношения между обоими руководителями были далеко не безоблачными, и после отставки А. Н. Косыгина на должность главы Правительства назначили Н. А. Тихонова, человека, абсолютно послушного Л. И. Брежневу.

Думается, в глубине души Л. И. Брежнев понимал, что для эффективного руководства

страной он должен был бы одновременно с ЦК КПСС возглавлять Совет министров СССР как высший орган государственного управления (в его интерпретации — высший орган хозяйственного управления), но так и не решился на это, видимо, хорошо осознавая, сколь сложна и нелегка такая ноша. В своем предположении исходим, в частности, из рабочей записи Л. И. Брежнева, сделанной им в марте 1969 г., т.е. менее чем через четыре с половиной года после избрания его Первым секретарем ЦК КПСС (октябрь 1964 г.) и менее чем через три года после того, как он стал Генеральным секретарем ЦК КПСС (апрель 1966 г.). В его рабочем дневнике написано: «Мы принимаем решения и хорошие — но их извращают — я убедился что политику оказывается делают не мы а те кто ведает хоз-ными вопросами. Партийный контроль очень нужен. Надо поднять роль партийных организаций — (контроль) за выполнением выполнением хоз-работниками решений партии»³⁴ (орфография и пунктуация оригинала; надпись сделана собственноручно, фломастерами, первое предложение написано синим фломастером, далее — красным).

Данная запись говорит о многом. Л. И. Брежнев, который не блистал теоретическими знаниями, но был хорошим психологом и весьма наблюдательным человеком, прекрасно разобрался, что, несмотря на верховенство партии, реально страной управляли хозяйственные руководители, иными словами, те, кто возглавляли исполнительные и распорядительные органы.

Представляется, что в этой, мы бы даже сказали стратегической, ошибке Л. И. Брежнева — самоустранении от полноценного руководства Советом министров СССР — кроются причины многих проблем, возникших как в период его правления, так и особенно в последнее десятилетие существования Советского Союза. Прецедент, созданный Л. И. Брежневым, оказался живучим, и все последующие Генеральные секретари ЦК КПСС (Ю. В. Андропов, К. У. Черненко, М. С. Горбачев) не возглавляли правительство. Два с небольшим года, которые в сумме были отпущены Ю. В. Андропову и К. У. Чер-

³² См., например: *Таубллан У. Хрущев. М. : Молодая гвардия, 2006 ; Хрущев С. Н. Рождение сверхдержавы : Книга об отце. М. : Время, 2000.*

³³ А. Н. Косыгина в качестве Председателя Правительства видел еще Н. С. Хрущев и как наиболее вероятного кандидата на этот пост даже представил его в 1957 г. Мао Цзэдуну. См.: *Хрущев Н. С. Указ. соч. Кн. 2. С. 208.*

³⁴ См.: *Брежнев Л. И. Рабочие и дневниковые записи : в 3 т. М. : Историческая литература, 2016. Т. 1 : Леонид Брежнев. Рабочие и дневниковые записи, 1964—1982 гг. С. 367.*

ненко, погоды не сделали. А вот непонимание М. С. Горбачевым необходимости находиться во главе Совета Министров СССР, особенно в условиях значительного уменьшения роли КПСС в воздействии на экономические процессы в стране, на наш взгляд, явилось одной из причин потери устойчивости всей системы государственного управления.

При этом подчеркнем, что в 1988 г., уже при явных проблемах в системе государственного управления, придя к выводу о целесообразности, помимо партийной, иметь и государственную должность, М. С. Горбачев, верный заложенной при Л. И. Брежневле традиции, не стал Председателем Совета министров СССР, а был избран Председателем Президиума Верховного Совета СССР (с 1989 г. — Председатель Верховного Совета СССР). Данное решение явно противоречило управленческой логике, тем более что позже, находясь в отставке, М. С. Горбачев публично признал: начиная еще с 1986—1987 гг. далеко не всегда он видел должное понимание, и у него не складывались необходимые отношения с правительством, министерствами и директорским корпусом предприятий³⁵.

Лишь сложившаяся в стране непростая ситуация и неизбежная в таких условиях необходимость использования опыта государственного управления, имевшегося в СССР и за рубежом, реализации существовавших в этой области теоретических разработок обусловили экстренное введение в марте 1990 г. должности Президента СССР, который, в частности, должен был возглавлять систему органов государственного управления (иными словами, систему исполнительной власти), имея ряд соответствующих полномочий³⁶.

К слову, идея об установлении должности Президента СССР обсуждалась еще в начале 60-х гг. прошлого века при подготовке проекта новой Конституции страны. Однако, как вспоминал один из участников той работы Ф. М. Бурлацкий, Н. С. Хрущев очень дорожил постом Председателя Совета министров и не был уверен в необходимости введения института президентства. Он как-то сказал, правда

с юмором: «Тут какие-то мальчишки (имелись в виду Ф. М. Бурлацкий и некоторые его коллеги, работавшие над текстом Конституции. — Б. Р.) хотят снять меня с поста Председателя Совмина, но это надо еще посмотреть»³⁷. В связи с отстранением Н. С. Хрущева от власти проект Конституции не довели до конца, но вопрос о целесообразности существования в СССР института президентства не забылся.

Будучи в 1989—1991 гг. народным депутатом СССР, Ф. М. Бурлацкий оказался одним из тех парламентариев, которые смогли донести идею тридцатилетней давности до руководства страны и депутатов. Для многих стало очевидным, что президент как высшее должностное лицо, как лидер государства должен стоять над всеми структурами, участвующими в государственном управлении, и в первую очередь над подсистемой исполнительной власти, ибо ее органы являются мощнейшей составной частью глобальной системы государственного управления. Эти представления не потеряли своей актуальности и сегодня.

Возвращаясь к положению, сложившемуся в СССР в 1990 г., отметим, что в это время возможность активного участия М. С. Горбачева в руководстве исполнительным механизмом страны, к сожалению, была уже упущена. И хотя он пишет, что ситуация потребовала «безотлагательного укрепления государственной власти и прежде всего исполнительной — президентской власти»³⁸, ввиду того что накопилась масса других проблем, требующих пристального внимания Президента, он возглавлял систему исполнительной власти лишь номинально. Руководить Советом министров СССР — Правительством СССР, являвшимся высшим исполнительным и распорядительным органом государственной власти, в 1990 г. продолжал Н. И. Рыжков. Становиться главой Правительства, причем не формальным, а реальным, лидеру страны надо было еще в 1985 г.!

Сказанное не означает, что М. С. Горбачев был бы более сильным Председателем Совета министров СССР, чем Н. И. Рыжков или кто-то другой. Дело в том, что в условиях модерни-

³⁵ См., например: *Горбачев М. С. Наедине с собой*. М. : Грин Стрит, 2012. С. 483—492.

³⁶ См.: Конституция (Основной Закон) Союза Советских Социалистических Республик (в редакции от 14 марта 1990 г.). М. : Политиздат, 1990 ; Конституция (Основной Закон) Союза Советских Социалистических республик (в редакции от 26 декабря 1990 г.). М. : Политиздат, 1991.

³⁷ *Бурлацкий Ф. М. Вожди и советники : О Хрущеве, Андропове и не только о них*. М. : Политиздат, 1990. С. 177.

зации системы представительных (советских) органов и фактического разрушения системы управления партийными структурами лишь система органов исполнительной власти (органов государственного управления) в силу ее инерционности до 1991 г. сохранялась практически в неизменном виде и могла бы стать дублером всей теряющей устойчивость системы государственного управления в ее широком понимании, полностью взяв на себя присущие ей функции. Но лидер государства оказался так и не связанным с исполнительной властью и поэтому неготовым опираться на ее возможности. Не случайно в 1991 г. высший исполнительный и распорядительный орган страны начал судорожно реформироваться, менялись его названия, полномочия, неудачными оказались назначения его последних руководителей (В. С. Павлов, И. С. Силаев). В конце концов система исполнительной власти сама потеряла устойчивость и разрушилась.

Негативный опыт советского государственного управления был учтен при подготовке в 1993 г. Конституции Российской Федерации, которой установлены разделение государственной власти на три ветви и их самостоятельность, определены полномочия Президента РФ как главы государства и иные важнейшие для жизни страны обстоятельства³⁹. При этом, как уже отмечалось выше, Конституция РФ отказалась от термина «органы государственного управления», поэтому государственное управление понимается в широком смысле как деятельность всех органов государственной власти и иных государственных органов.

Известно, что Президенту РФ принадлежит немало полномочий в сфере исполнительной власти, это обеспечивает его тесное взаимодействие с данной ветвью государственной власти. Именно длительное отсутствие

подобного взаимодействия стало одной из причин потери устойчивости советской системой государственного управления. Более того, высшее должностное лицо каждого субъекта РФ является руководителем высшего исполнительного органа государственной власти этого субъекта, что способствует повышению степени устойчивости системы государственного управления субъектов РФ. Поскольку системы органов исполнительной власти субъектов РФ являются подсистемами общегосударственной системы исполнительной власти, следует говорить о дополнительной страховке системы государственного управления всей страной.

Завершая статью, подчеркнем, что совершенствование государственного управления невозможно без кардинального улучшения функционирования системы исполнительной власти. Будучи фундаментальной подсистемой глобальной системы государственного управления, исполнительная власть нуждается в развитии ее организации, направлений, форм, методов работы, взаимодействия с законодательной и судебной властями, иными государственными органами. Игнорирование этого обстоятельства, недооценка важности проведения соответствующих научных исследований, подготовки и повышения квалификации должностных лиц органов исполнительной власти, как, впрочем, и иных государственных служащих, может привести к тяжелым и даже необратимым последствиям в государственном управлении. Это уже, к сожалению, не раз было в истории. Уверены, что заложенные в Конституции Российской Федерации возможности для обеспечения эффективности деятельности исполнительной власти, всего механизма государственного управления, будут успешно воплощаться в жизнь.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Афанасьев В. Г.* Научное управление обществом (Опыт системного исследования). — М. : Политиздат, 1968.
2. *Афанасьев В. Г.* Общество: системность, познание и управление. — М. : Политиздат, 1981.
3. *Бельский К. С.* Феноменология административного права. — Смоленск : Изд-во Смоленского гуманитарного университета, 1995.

³⁸ *Горбачев М. С.* Указ. соч. С. 542.

³⁹ Конституция Российской Федерации. М. : Юрид. лит., 1993.

4. Брежнев Л. И. Рабочие и дневниковые записи : в 3 т. — М. : Историческая литература, 2016. — Т 1 : Леонид Брежнев. Рабочие и дневниковые записи, 1964—1982 гг.
5. Бурлацкий Ф. М. Вожди и советники : О Хрущеве, Андропове и не только о них. — М. : Политиздат, 1990.
6. Винер Н. Кибернетика и общество. — М. : Тайдекс Ко, 2002.
7. Винер Н. Кибернетика или управление и связь в животном и машине. — 2-е изд. — М. : Советское радио, 1968.
8. Власов В. А., Студеникин С. С. Советское административное право. — М. : Юрид. лит., 1959.
9. Горбачев М. С. Наедине с собой. — М. : Грин Стрит, 2012.
10. Козлов Ю. М. Предмет советского административного права. — М. : Изд-во Московского университета, 1967.
11. Краткий философский словарь. — М. : Госполитиздат, 1954.
12. Лунев А. Е. Теоретические проблемы государственного управления. — М. : Наука, 1974.
13. Микоян А. И. Так было. Размышления о минувшем. — М. : Вагриус, 1999.
14. Россинский Б. В. Размышления о государственном управлении и административной ответственности // Административное право и процесс. — 2016. — № 5.
15. Россинский Б. В. Реализация концепций административной реформы // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). — 2018. — № 1 (41).
16. Советское административное право / А. П. Алехин, А. А. Кармолицкий, Ю. М. Козлов [и др.] ; под ред. Ю. М. Козлова. — М. : Юрид. лит., 1985.
17. Советское административное право / А. П. Алехин, П. Т. Василенков, Ю. М. Козлов [и др.] ; под ред. Ю. М. Козлова. — М. : Юрид. лит., 1973.
18. Таубллан У. Хрущев. — М. : Молодая гвардия, 2006.
19. Тихомиров Ю. А. Управление делами общества. — М. : Мысль, 1984.
20. Тихомиров Ю. А. Управление на основе права. — М. : Формула права, 2007.
21. Устинов Д. Ф. Во имя победы. — М. : Центрполиграф, 2016.
22. Хрущев Н. С. Время, люди, власть : воспоминания : в 4 кн. — М. : Московские новости, 1999. — Кн. 2.
23. Хрущев С. Н. Рождение сверхдержавы : Книга об отце. — М. : Время, 2000.
24. Ярошевский М. Кибернетика — «наука» мракобесов // Литературная газета. — 5 апр. 1952. — № 42 (2915).

Материал поступил в редакцию 27 марта 2018 г.

EXECUTIVE POWER AND PUBLIC ADMINISTRATION

ROSSINSKY Boris Vulfovich — Doctor of Law, Professor, Professor of the Department of Administrative Law and Procedure of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Honored Lawyer of the Russian Federation

boris.rossinskiy@gmail.com

125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The article considers the development of ideas with respect of government authorities that for many years have been equated with executive and administrative bodies of different levels. At the same time, no other state structures, regardless of the nature of their work and their real contribution into the ensuring of the activities of the State, were recognized as government authorities. The issue concerning the need for a broader understanding of public administration was put on the agenda in the second half of the last century with the development of cybernetics.*

As shown by the author, for large systems, to which the government system also belongs, it is typical to have information channels that have a different, very complicated structure. Incomplete consideration of information by the participants of state administration that is supposed to come to them through feedback channels results in making inappropriate administrative decisions and inefficiency of the managerial process. This necessitates the implementation of public administration through the use of many autonomous information circuits inherent in different branches of government and other state bodies.

The Constitution of the Russian Federation, having established the separation of state power into three independent branches, renounced the term “government authorities,” and the state administration itself is now understood in a broader sense—as the activity of all state authorities and other state bodies. That said, the executive power system is a powerful subsystem of the entire system of public administration. The author considers the peculiarities of this subsystem that distinguish it among other subsystems of the public administration system. In particular, it is shown that the executive power subsystem structurally models the system of state power, possesses considerable inertia and performs the bulk of the management functions of the entire public administration system. Under unstable, supernumerary, crisis conditions of the latter, its stability can only be ensured by a system of executive power. The provisions set forth in the article are illustrated by the practice of state administration in the USSR and post-Soviet Russia.

Keywords: state power, executive power, state authorities, social management, public administration, state administration bodies, information channels, direct communication, feedback, system, subsystem, system sustainability.

REFERENCES

1. Afanasyev V.G. Nauchnoe upravlenie obshchestvom opyt sistemnogo issledovaniia [Scientific administration of the society (Experience of Systematic Research)]. Moscow: Politizdat Publ., 1968.
2. Afanasyev V.G. Obshchestvo: sistemnost, poznanie i upravlenie [The Society: Its System, Cognition and Management]. Moscow: Politizdat Publ., 1981.
3. Belsky K. S. Fenomenologia administrativnogo prava [Phenomenology of Administrative Law]. Smolensk: Izd-vo Smolenskogo gumanitarnogo universiteta [Smolensk Humanitarian University Publishing House], 1995.
4. Brezhnev L.I. Rabochie i dnevnikovye zapisi: v 3 t. [Work and diary notes: in 3 vol]. Moscow: Istoricheskaya literatura Publ. [Historical Literature Publ.], 2016. Vol 1: Leonid Brezhnev. Rabochie i dnevnikovye zapisi [Work and diary notes], 1964—1982.
5. Burlatsky F. M. Lidery i sovetniki: O Khrushcheve, Andropove i ne tolko o nikh [Leaders and advisers: About Khrushchev, Andropov and not only about them]. Moscow: Politizdat Publ., 1990.
6. Viener N. Kibernetika i obshchestvo [Cybernetics and Society]. Moscow: Taideks Co. Publ., 2002.
7. Viener N. Kibernetika ili upravlenie i svyaz v zhivotnom i mashine [Cybernetics or control and communication in an animal and a machine]. 2nd ed., Moscow: Sovetskoe radio Publ., 1968.
8. Vlasov V.A., Studenikin S.S. Sovetskoe administrativnoe pravo [Soviet Administrative Law]. Moscow: Yuridicheskaya literatura Publ., 1959.
9. Gorbachev M.S. Naedine s soboi [Alone with myself]. Moscow: Grin Strit Publ., 2012.
10. Kozlov Yu. M. Predmet sovetskogo administrativnogo prava [The subject of Soviet Administrative Law]. Moscow: Izd-vo Moskovskogo universiteta [Moscow University Publishing House], 1967.
11. Kratkiy filosofskiy slovar [Brief Dictionary of Philosophy]. Moscow: Gospolitizdat Publ., 1954.
12. Lunev A.E. Teoreticheskie problemy gosudarstvennogo upravleniya [Theoretical problems of state administration]. Moscow: Nauka Publ. [The Science Publ.], 1974.
13. Mikoyan A.I. Tak bylo. Razmyshleniya o minuvshem. [It was. Reflections on the Past]. Moscow: Vagrius Publ., 1999.
14. Rossinsky B.V. Razmyshleniya o gosudarstvennom upravlenii i administrativnoi otvvtstvennosti [Reflections on public administration and administrative responsibility]. Administrativnoe pravo i protsess [Administrative Law and Process]. 2016. No. 5.
15. Rossinsky B.V. Realizatsiya kontseptsiy administrativnoy reformy [Implementation of the concepts of administrative reform]. *Vestnik Universiteta imeni O.E. Kutafina [Courier of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)]*. 2018. No. 1 (41).
16. Sovetskoe administrativnoe pravo [Soviet Administrative Law]. A.P. Alekhin, A.A. Karmolitsky, Yu. M. Kozlov et al. Yu. M. Kozlov (ed.). Moscow: Yuridicheskaya literatura Publ., 1985.
17. Sovetskoe administrativnoe pravo [Soviet Administrative Law]. A.P. Alekhin, P.T. Vasilenkov, Yu. M. Kozlov [et al.]. Yu. M. Kozlov (ed.). Moscow: Yuridicheskaya literatura Publ., 1973.

18. Taubllan U. Khrushchev. Moscow: Molodaya gvardiya Publ., 2006.
19. Tikhomirov Yu. A. Upravlenie delami obshchestva [Administration of the Affairs of the Society]. Moscow: Mysl' Publ., 1984.
20. Tikhomirov Yu. A. [Administration on the Basis of Law]. Moscow: Formula prava Publ. [The Formula of Law Publ.], 2007.
21. Ustinov D.F. Vo imya pobedy [In the name of victory]. Moscow: Centerpoligraph Publ., 2016.
22. Khrushchev N.S. Vremya, lyudi, vlast: vospominaniya: v 4 kn. [The Time, People, Power: Memoirs: in 4 books]. Moscow: Moscow News Publ., 1999. The 2nd Book.
23. Khrushchev S.N. Rozhdenie sverkhderzhavy: kniga obitse [The birth of a superpower: the book about my father]. Moscow: Vremya Publ., 2000.
24. Yaroshevsky M. Kibernetika — «nauka» mrakobesov [Cybernetics — the “science” of obscurantists]. *Literaturnaya gazeta*. 5 April 1952. No. 42 (2915).

ТРАНСФОРМАЦИЯ ИНСТИТУТА ПОСОБНИЧЕСТВА В СОВЕТСКОМ И РОССИЙСКОМ УГОЛОВНОМ ПРАВЕ

Аннотация. Эффективность реализации уголовной политики во многом зависит от взаимосвязи законодательства, теории и практики. На примере пособничества как одного из институтов уголовного права прослеживается механизм их взаимовлияния на протяжении нескольких исторических эпох: с момента коренного перелома в развитии уголовного права, связанного с революцией 1917 г., до настоящего времени. Автором анализируются изменения в законодательстве за указанный период. Отмечается, что после отказа в Уголовном кодексе 1922 г. от открытого перечня пособнических действий, заложенных в Руководящих началах по уголовному праву РСФСР 1919 г., во всех источниках уголовного права наблюдается постоянное увеличение перечня криминализованных способов пособничества. По мнению автора, причиной этого являются объективные потребности практики, поскольку многообразие вариантов общественных отношений (и соответственно общественно опасных деяний, направленных на их разрушение), не может вместиться в законодательные рамки. Подобные выводы подтверждаются решениями по конкретным делам, рассмотренными судебными инстанциями различных уровней начиная с 1920-х гг. и до настоящего времени. Кроме того, приводятся основные доктринальные позиции по рассматриваемым вопросам. Делаются выводы о возможности применения отдельных способов законодательного регулирования, используемых советским уголовным правом, к решению современных проблем. В частности, на примерах конкретных общественно опасных деяний (содействие террористической деятельности, посредничество во взяточничестве, пособничество в незаконном сбыте наркотических средств) с учетом потребностей современной практики предлагается возврат к закреплению в Общей части Уголовного кодекса открытого перечня способов пособничества.

Ключевые слова: соучастие, пособничество, укрывательство, недонесение, содействие террористической деятельности, посредничество во взяточничестве, сбыт наркотических средств, приобретение похищенного имущества, уголовная политика, квалификация.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.140.7.039-053

Актуальность исследования института пособничества определяется потребностями современной правоприменительной практики при установлении границ видов соучастников в рамках институтов Общей части УК РФ. В частности, много спорных вопросов вызывают такие составы, как содействие террори-

стической деятельности, посредничество во взяточничестве, пособничество в незаконном сбыте наркотических средств. Нельзя считать устоявшимися и взгляды на разграничение понятий пособничества и соисполнительства применительно ко многим другим преступлениям.

© Пикуров О. Н., 2018

* Пикуров Олег Николаевич, кандидат юридических наук, старший помощник прокурора Волгоградской области по правовому обеспечению и взаимодействию с общественностью
pikurov@mail.ru
400075, Россия, г. Волгоград, ул. Историческая, д. 124

К теоретической разработке соучастия обращалось немало исследователей советского периода (А. Я. Вышинский, Л. Д. Гаухман, П. И. Гришаев, М. И. Ковалев, Г. А. Кригер, А. Н. Трайнин, Б. С. Утевский и многие другие). Не остается без пристального внимания ученых эта тема и сегодня. Однако исследователи, как правило, затрагивали теоретические проблемные вопросы отдельного, обычно современного им периода либо осуществляли краткий экскурс в историю развития понятия. Между тем, если рассмотреть это явление более широко и во взаимосвязи с развитием практики, законодательства и доктрины, то выявляются интересные закономерности, позволяющие по-новому взглянуть на некоторые аспекты обозначенной проблемы.

Пособничество относится к числу тех видов соучастия, которые не только обозначены в уголовном законе, но и зафиксированы в многочисленных актах правоприменения. Оно наиболее близко примыкает к соисполнительству, о чем свидетельствует и семантика слова «пособничество»: термин, определяющий его смысл, — «содействие», в современных словарях толкуется как устаревший синоним слова «соучастие»¹. Подобная близость признаков влечет проблемы квалификации конкретных деяний, при этом жизненные реалии постоянно ставят перед правоприменителями новые задачи, выходящие за рамки законодательных определений. Законодатель, в свою очередь, воспринимает устойчивые варианты толкования норм, содержащиеся в том числе в судебных решениях по конкретным делам, как сигнал для изменения закона. Они являются своеобразным «оселком», на котором проверяется работоспособность нормы и выявляются ее недостатки. Особый интерес представляет изучение трансформации отношения к пособничеству со стороны законодателя, судебной практики и доктрины за последние 100 лет истории развития уголовного права, с момента создания принципиально нового, советского государственного устройства. При этом в качестве основной тенденции после отказа в 1922 г. от открытого перечня пособнических действий, заложенных в Руководящих началах по уголовному праву РСФСР 1919 г., наблюдается увеличение перечня криминализованных способов пособничества при каждом

издании кодифицированного источника уголовного права.

Для наглядности излагаемых тезисов сравнимый текст законодательных актов приведен в таблице. На каждом из перечисленных в ней нормативных документов далее остановимся подробнее, с анализом конкретных примеров их реализации в судебной практике (см. таблицу).

Руководящие начала по уголовному праву РСФСР 1919 г. (п. 24) определяли пособников как тех, кто «не принимая непосредственного участия в выполнении преступного деяния, содействует выполнению его словом или делом, советами, указаниями, устранением препятствий, сокрытием преступника или следов преступления или попустительством, т.е. непрепятствованием совершению преступления».

Только в данном нормативном акте присутствуют три характеристики рассматриваемого вида соучастия, от которых законодатель в дальнейшем отказался. Во-первых, позднее было убрано указание на непринятие пособником непосредственного участия в преступлении. Думается, это можно объяснить стремлением избежать избыточных признаков, добиться максимальной лаконичности. Во-вторых, исключена расширительная форма содействия — «словом или делом» (это обстоятельство затронем в конце работы, анализируя современную судебную практику). В-третьих, в дальнейшем не нашло места такое широкое значение пособничества, как попустительство.

Примером толкования пособничества как попустительства может служить приговор народного суда особой сессии при саргубсовнарсуде от 12.10.1921, которым Маркель и Крайбель осуждены за нарушение п. 11 декрета «О воспрещении изготовления и продажи крепких напитков». Указанная норма предусматривала ответственность за распитие незаконно приготовленных крепких напитков в публичных местах. Осужденные обжаловали приговор, ссылаясь на то, что распитие самогонки происходило в частном доме. Отдел судебного контроля оставил жалобу, как тогда формулировалось, «без последствий», указав следующее: «Ввиду того, что Маркель — председатель и Крайбель — член исполкома являлись должностными лицами в своем селе, а потому, распивая самогонку в избе своего

¹ *Ефремова Т. Ф.* Новый словарь русского языка : Толково-словообразовательный : в 2 т. 2-е изд., стер. М., 2001. Том 2 : П — Я. 1084 с.



<p>РУКОВОДЯЩИЕ НАЧАЛА ПО УГОЛОВНОМУ ПРАВУ РСФСР 1919 Г.</p>	<p>УК РСФСР 1922 Г.</p>	<p>УК РСФСР 1926 Г.</p>	<p>ОСНОВЫ УГОЛОВНОГО ЗАКО- НОДАТЕЛЬСТВА СОЮЗА ССР И СОЮЗНЫХ РЕСПУБЛИК 1958 Г., УК РСФСР 1961 Г.</p>	<p>УК РФ 1996 Г.</p>
<p>Пособниками считаются те, кто, <i>не принимая непосредственного участия в выполнении преступления</i>, содействует выполнению его <i>словом или делом</i>, советами, указаниями, устранением препятствий, сокрытием преступника или следов преступления <i>или попустительством, т.е. непрепятствованием совершению преступления</i>.</p>	<p>Пособниками считаются те, кто содействует выполнению преступления советами, указаниями, устранением препятствий, сокрытием преступника или следов преступления.</p>	<p>Пособниками считаются лица, содействующие выполнению преступления советами, указаниями, предоставлением средств и устранением препятствий или же сокрытию преступника или следов преступления.</p>	<p>Пособником признается лицо, содействовавшее совершению преступления советами, указаниями, предоставлением средств или устранением препятствий, а также лицо, заранее обещавшее скрыть преступника, орудия и средства совершения преступления, следы преступления либо предметы, добытые преступным путем.</p>	<p>Пособником признается лицо, содействовавшее совершению преступления советами, указаниями, предоставлением информации, средств или орудий совершения преступления либо устранением препятствий, а также лицо, заранее обещавшее скрыть преступника, средства или орудия совершения преступления, следы преступления либо предметы, добытые преступным путем, а равно лицо, заранее обещавшее приобрести или сбыть такие предметы.</p>

Примечание. Написание шрифтов выделяет признаки пособничества по следующему принципу: *курсивом* — не получившие закрепление в дальнейших редакциях уголовного законодательства, **полужирным** — введенные в данной конкретной редакции.

односельчанина и тем, вместо искоренения, *потворствуя* (курсив мой. — О. П.) своим поведением выкурке самогонки — промыслу, признаваемому преступным декретами Республики, несомненно, дискредитировали в глазах местного населения советскую власть»².

Избегая возможные дискуссии по поводу обоснованности криминализации подобных действий, хотелось бы обратить внимание лишь на способ аргументации приведенного решения — перечисление признаков, указывающих на общественную опасность деяния. При этом в теоретических исследованиях периода становления советского уголовного права революционное правосознание как основа

для актов правоприменения не подразумевало «революционного беспредела», а служило лишь механизмом защиты интересов общества и государства. В частности, А. Н. Трайнин приводит точки зрения, не сильно отличающиеся от современного понимания законности как точного и неуклонного соблюдения правовых норм всеми субъектами права: «Коренное различие между законностью революционной и законностью неревolutionной только в том, что мы вырабатываем наши революционные законы в целях охраны нашего революционного порядка; они же вырабатывают свои законы в целях охраны их классового господства. И больше ни в чем» (Крыленко), «Зако-

² Из деятельности Народного Комиссариата Юстиции. Практика Высшего судебного контроля // Ежегодник советской юстиции. 1922. № 18. С. 11.

ны надо выполнять, а не анализировать их по своему усмотрению, хотя бы и прикрываясь фразой о революционной целесообразности» (Семашко), «Под революционной законностью должен пониматься тот правопорядок в государстве, который признан целесообразным верховными органами пролетарской диктатуры и который в силу этого обязателен как для граждан, так и для органов и агентов власти» (И. Антонов-Саратовский)³.

По поводу соотношения «компетенций» законодателя и правоприменителя А. Н. Трайнин отмечал, что «именно с обострением классовой борьбы право определять меру наказания, раньше почти нераздельно принадлежавшее законодателю, все более и более переходит к судье; все более система фиксированных в законе санкций начинает уступать место широкому, почти неограниченному или малоограниченному судебскому усмотрению»⁴.

Вполне корреспондируя бытовавшей доктрине наибольшего судебного усмотрения, **Уголовный кодекс РСФСР 1922 г.** в ст. 16 давал самое краткое определение пособников в законодательстве того периода: «Те, кто содействует выполнению преступления советами, указаниями, устранением препятствий, сокрытием преступника или следов преступления». Как до этого, так и после советское, а затем и российское уголовное законодательство в полной мере вбирает в себя все перечисленные признаки (либо слегка видоизменяет их).

Следует отметить, что, показывая некоторую инертность, практика продолжала применять расширительное толкование пособничества. Делалось это со ссылкой на ст. 10, позволявшую в случае отсутствия в Уголовном кодексе прямых указаний на отдельные виды преступлений применять наиболее сходные по важности и роду преступления. Так, Пленум Верховного Суда РСФСР 24 ноября 1924 г. отменил оправдательный приговор в пособничестве сводничеству и содержанию притонов разврата (ст. 171 УК РСФСР 1922 г.) в отношении Иссерлина, Оршера и Хасты. Решение мотивировалось установлением связи подсудимых с преступной средой: они считались

в притоне «своими людьми» и являлись наиболее желательными посетителями по своим денежным ресурсам. Это, как указала высшая судебная инстанция, является достаточным основанием, независимо от вопроса об уголовной наказуемости совершенного ими деяния, для применения меры социальной защиты⁵.

В пункте 12 **Основных начал уголовного законодательства Союза ССР 1924 г.** определения пособничеству не давалось, оно лишь перечислялось среди всех прочих соучастников с указанием на то, что меры социальной защиты применяются к ним в зависимости как от степени их социальной опасности, так и от степени участия в преступлении.

Уголовный кодекс РСФСР 1926 г. (ст. 17) добавляет к формулировке, используемой предыдущим кодексом, такой способ содействия, как «предоставление средств». При этом в законе по-прежнему не прописывалось, должно ли сокрытие преступника или следов преступления быть заранее обещанным. Подобный пробел на протяжении нескольких десятилетий порождал различные варианты квалификации в случае присоединения лица к уже совершенному деянию. Все их можно условно разделить на две основные группы: признание таких действий соучастием в форме пособничества либо выделение в самостоятельный состав преступления. При этом конкретные разновидности действий, которые вызывали наибольшее число вопросов (укрывательство преступлений, помощь в реализации похищенного, недонесение о совершенном преступлении и приобретение заведомо краденого) могли, в зависимости от конкретных обстоятельств дела, относиться как к первой, так и ко второй группам. В качестве иллюстрации приведем наиболее типичные примеры по каждой из вышеперечисленных разновидностей.

Квалификация заранее не обещанного сокрытия преступника как соучастия в форме пособничества. Наглядным примером с этой точки зрения является следующее уголовное дело, рассмотренное Пленумом Верховного Суда РСФСР 20 декабря 1926 г. Обвинявшиеся в убийстве Крылов и другие, содержась

³ Цит. по: Трайнин А. К вопросу о классовом правосудии // Революционная законность. 1926. № 78. С. 2—3.

⁴ Трайнин А. Указ. соч. С. 2—3.

⁵ Сборник циркуляров и важнейших разъяснений Пленума Верховного Суда РСФСР за 1924 год. М.: Юридическое издательство Наркомюста РСФСР, 1925. С. 93—94.

в Сызранском доме заключения, вошли в соглашение с заключенными Пумпуром и Некрасовым, и последние подали заявление о том, что убийство совершено ими. В дальнейшем следствием установлена непричастность Пумпура и Некрасова к указанному преступлению. Ульяновский губернский суд признал Крылова и других виновными в убийстве, а Пумпура и Некрасова оправдал. Пленум признал неправильным оправдательный приговор, указав, что «действия Пумпура и Некрасова являются, безусловно, социально опасными, и так как самооговор в данном деле имел целью содействовать сокрытию действительных преступников, то таковые действия должны быть квалифицированы как пособничество по 16 ст. УК (17 ст. ред. 1926 г.)»⁶.

«Реализация имущества, заведомо похищенного другим лицом, должна квалифицироваться как соучастие в хищении» — именно с такой формулировкой издано определение воднотранспортной коллегии Верховного Суда СССР от 14 мая 1949 г. по приговору линейного суда Амурского бассейна по делу Лякина и других. Усмотрев из материалов дела, что Лякин совершил кражу пяти байковых одеял из кладовой общежития завода, а Непринцев и Антонников, зная о том, что одеяла похищены, приняли участие в их реализации на рынке, высшая судебная инстанция указала на необходимость квалификации действий Лякина по ст. 1 Указа от 4 июня 1947 г. «Об уголовной ответственности за хищение государственного и общественного имущества», а Непринцева и Антонникова — как пособничество в этом же преступлении⁷. Обратим внимание, что в этом случае речь идет не о скупке Непринцевым и Антонниковым краденого, а об оказании помощи в реализации. Кроме того, действия пособников в отношении предметов, добытых преступным путем, получают нормативное закрепление позднее — с принятием Основ уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик 1958 г. (в ст. 17 УК РСФСР 1926 г. они не упоминаются). В этом случае практика как бы «упреждает» законодательные новеллы, «нащупывает» возмож-

ные варианты оценки общественно опасных действий.

Наиболее понятной и наименее спорной с точки зрения современности являлась практика применения ч. 1 ст. 164 УК РСФСР 1926 г. — *покупка заведомо краденого*. Данный состав стоит затронуть в настоящем исследовании, поскольку он достаточно тесно связан с пособничеством, а разграничение между ними осуществлялось именно по признаку заведомости.

Так, 15 августа 1942 г. Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда СССР отменила приговор народного суда 1-го участка Мгинского района Ленинградской области в отношении Наголовниковой, осужденной за пособничество в краже. Наголовниковой вменялось то, что она несколько раз обменивала печеный хлеб и картофель на муку, которую шоферы провозили по трассе, и способствовала тем самым хищению шоферами этой муки. Помимо недоказанности фактов хищения шоферами муки, явившейся причиной прекращения производства по делу, Верховный Суд подчеркнул, что «даже если бы мука была действительно похищена шоферами, а Наголовникова, совершая обмен, знала об этом обстоятельстве, то в этом случае действия Наголовниковой должны были квалифицироваться не как соучастие в краже, а как покупка заведомо краденого — статья 164 УК РСФСР»⁸.

Часть 1 ст. 164 УК РСФСР 1926 г. была усмотрена Судебной коллегией по уголовным делам Верховного суда СССР и в действиях Лариной, осужденной первоначально народным судом 2-го участка Красногвардейского района г. Ленинграда по ч. 2 ст. 164 УК РСФСР. Из судебного решения следует, что Ларина купила у трех разных лиц туфли и 2 пальто. В определении от 4 декабря 1946 г. Верховный Суд СССР указал, что «покупая пальто и туфли по низким ценам, Ларина сознавала, что указанные вещи продавцами добыты преступным путем, следовательно, в этой части вина Лариной по делу доказана. Однако по делу не установлено, что Ларина занималась скупкой и перепродажей краденых вещей в виде промысла и что это

⁶ Разъяснения Пленума Верховного Суда РСФСР по делу по обвинению Вержбицкого и др. в части, касающейся оправдания гр. Пумпура и Некрасова // Судебная практика РСФСР. 1927. № 1. С. 6—7.

⁷ Определение воднотранспортной коллегии Верховного Суда СССР от 14 мая 1949 г. по делу Лякина и др. // Судебная практика Верховного Суда СССР. 1949. № 9. С. 18.

⁸ Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда СССР от 15 августа 1942 г. по делу Наголовниковой // Судебная практика Верховного Суда СССР. 1942. Вып. II. С. 14.

являлось одним из источников ее существования»⁹.

Квалифицированный состав *покупки заведомо краденого — в виде промысла* — был усмотрен в действиях Демина, осужденного Чкаловским областным судом за то, что, войдя в преступную связь с завхозом МТС Комаровым, закупил у последнего 50 пудов пшена за 30 000 руб., зная, что это пшено похищено. Половину закупленного пшена Демин перепродал, остальное у него было обнаружено при обыске. Судебной коллегией по уголовным делам Верховного Суда РСФСР действия Демина переквалифицированы: вместо вмененной первой инстанцией ст. 107 УК РСФСР (скупка и перепродажа частными лицами в целях наживы (спекуляция) продуктов сельского хозяйства и предметов массового потребления) усмотрена ч. 2 ст. 164 УК РСФСР 1926 г. Однако такое изменение квалификации признано неверным Судебной коллегией по уголовным делам Верховного Суда СССР с указанием в определении от 22 августа 1945 г. на то, что «поскольку закупка имела место в отношении заведомо похищенного имущества, следовало применить и ст. 107 и ч. 2 ст. 164 по совокупности»¹⁰.

Заметим, что квалифицирующий признак (промысел) в приведенном выше примере усмотрен не из количества совершенных Деминым закупок заведомо краденого, а из сущности самих действий — спекуляции в оптовых объемах. В тех же случаях, когда промыслом являлась сама по себе скупка заведомо похищенного (деятельность так называемых «барыг»), действия виновных квалифицировались как соучастие в форме пособничества.

Так, по приговору народного суда 2-го участка Морского района г. Таллина Ласс и Кярт осуждены по ч. 2 ст. 164 УК РСФСР 1926 г. (покупка заведомо краденого). Указанные лица — собственники частных мастерских по изготовлению металлических кроватей, признаны виновными в скупке в течение 1949 г. проволоки, покрытой медью, которая

была похищена другими осужденными на заводе «Металлист». Судебная коллегия по уголовным делам Верховного суда СССР определением от 22 марта 1951 г. приговор отменила, усмотрев в действиях осужденных ст. 17 УК РСФСР 1926 г. и ст. 2 Указа Президиума Верховного Совета СССР от 4 июня 1947 г. «Об уголовной ответственности за хищение государственного и общественного имущества». В обоснование решения приведены следующие аргументы: «Ласс и Кярт, систематически скупая заведомо похищенную проволоку, тем самым *создавали расхитителям благоприятные условия для сбыта краденого* (курсив мой. — О. П.) и этим содействовали хищениям, которые совершали другие лица. Ласс и Кярт должны были предвидеть, что в результате их содействия будут совершаться хищения, а поэтому нет оснований не считать их соучастниками хищения»¹¹.

Квалификация заранее не обещанного сокрытия преступника по статье, предусматривающей ответственность за недонесение о совершенном преступлении. Интересным примером в этом плане является дело Спеловой. Как следует из опубликованных материалов, Спелова по личным делам приехала в дер. Быково Калининской области, где обменяла у Ивановой имевшиеся у нее с собой продукты — сельди и сахар на масло и творог, заведомо зная, что вымененные Ивановой продукты являются похищенными с Яшковского сепаратного отделения. После этого Спелова возвращалась домой в город Кимры, и вместе с ней Иванова послала своего мужа с частью похищенного масла, чтобы реализовать его в Кимрах. По дороге оба были задержаны. Первоначально Калининский областной суд осудил Спелову за пособничество в хищении, определением Верховного суда РСФСР приговор оставлен в силе. Уголовно-судебная коллегия Верховного Суда СССР определением от 5 января 1949 г. переквалифицировала действия Спеловой на недонесение о совершенном хищении государственного имущества¹².

⁹ Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда СССР от 4 декабря 1946 г. по делу Лариной // Судебная практика Верховного Суда СССР. 1947. Вып. I (XXXV). С. 18—19.

¹⁰ Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда СССР от 22 августа 1945 г. по делу Демина // Судебная практика Верховного Суда СССР. 1945. № 8. С. 17.

¹¹ Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда СССР от 22 марта 1951 г. по делу Ласса и Кярта // Судебная практика Верховного Суда СССР. 1953. № 1. С. 11—12.

¹² Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда СССР от 5 января 1949 г. по делу Спеловой // Судебная практика Верховного Суда СССР. 1949. № 3. С. 21—22.

Следует заметить, что формулировка ч. 1 ст. 164 УК РСФСР 1926 г. (покупка заведомо краденого) не позволяла квалифицировать по ней действия Спеловой, представляющие собой обмен, а не куплю-продажу. Между тем аналогичный состав преступления, предусмотренный ст. 208 УК РСФСР 1961 г. (заранее не обещанное *приобретение* имущества, заведомо добытого преступным путем), имел уже более широкое значение, в том числе мог охватить и подобные ситуации обмена.

Кроме того, еще чуть позднее (Законом РСФСР от 25.07.1962¹³) ст. 208 УК РСФСР 1961 г. была существенно преобразована, в частности дополнена такими действиями, как «заранее не обещанные сбыт или хранение с целью сбыта, а равно приобретение с целью сбыта имущества, заведомо добытого преступным путем». Тем самым и такие общественно опасные деяния, как действия Непринцева и Антонникова (обратимся повторно в качестве иллюстрации к приведенному выше примеру), выражающиеся в *помощи в реализации заведомо краденого имущества*, — фактически сбыт, нашли свое более точное (хотя и не окончательно точное) закрепление. Указанные признаки — заранее не обещанное приобретение или сбыт — сохранились до настоящего времени в ст. 175 УК РФ.

В целом анализ судебных решений 1940—1950-х гг. позволяет сделать вывод о том, что до названных изменений основным критерием разграничения в случае заранее не обещанного укрывательства служил характер действий виновного: если лицо бездействовало как в плане помощи преступнику в сокрытии преступления, так и в плане помощи правоохранительным органам — усматривалось недонесение; если речь шла о *содействии* (т.е. наличии каких-то активных действий) — соучастие. Приведем два характерных примера.

Ларичкин и Иванков похитили из контейнера 221 железнодорожный форменный костюм, часть из которых передали для реализации Комарову и Абрамову, а часть передали для перешивки Князеву Петру, сообщив через его сына — Князева Валентина — о том, что костюмы похищены. Позднее, когда стало известно

о проведении обыска у Комарова, Князев Валентин и Ивочкин перепрятали костюмы в домовладении у Ивочкина, где они были изъяты позднее при обыске. Действия Князевых и Ивочкина следствием квалифицированы по ст. 17 УК РСФСР и ст. 2 Указа от 4 июня 1947 г. «Об уголовной ответственности за хищение государственного и общественного имущества» как соучастие в хищении, однако линейный суд переквалифицировал действия Князевых на недонесение, а Ивочкина оправдал. Железнодорожная коллегия Верховного Суда СССР определением от 31 января 1949 г. отменила приговор линейного суда, обратив внимание на то, что действия обвиняемого, выразившиеся в сокрытии имущества, похищенного другим лицом, должны квалифицироваться не как недонесительство, а как соучастие в хищении¹⁴.

По аналогичному уголовному делу, также рассмотренному железнодорожной судебной коллегией Верховного Суда СССР, Никуличев признан виновным в том, что по просьбе дочери перенес со льдопункта станции Брянск-11 на свою квартиру и спрятал под пол ящик сливочного масла, похищенного ею из вагона-ледника, а в дальнейшем не донес об этом органам власти. В определении от 31 марта 1949 г. коллегия указала, что «действия, инкриминируемые Никуличеву, выразившиеся в *укрывательстве* похищенного, следовало квалифицировать по ст. 17 УК РСФСР и ст. 2 Указа от 4 июня 1947 г. «Об уголовной ответственности за хищение государственного и общественного имущества» (пособничество в хищении. — О. П.), поскольку Никуличева осуждена по названной статье Указа»¹⁵.

Обратим внимание на употребление Верховным Судом по делу Никуличева термина «укрывательство», которое предлагается использовать как одну из разновидностей пособничества. В первоначальной редакции УК РСФСР 1926 г. пособничество и укрывательство использовались как сходные, но *разнозначные* понятия в двух статьях: ч. 1 ст. 58.12 (ответственность за укрывательство и пособничество контрреволюционным преступлениям, не связанные с непосредственным совершением означенных преступлений или при неосведомленности об

¹³ Закон РСФСР от 25.07.1962 «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс РСФСР» // Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1962. № 29. Ст. 449.

¹⁴ Определение железнодорожной коллегии Верховного Суда СССР от 31 января 1949 г. по делу Ларичкина и др. // Судебная практика Верховного Суда СССР. 1949. № 3. С. 23.

¹⁵ Определение железнодорожной коллегии Верховного Суда СССР от 31 марта 1949 г. по делу Никуличева // Судебная практика Верховного Суда СССР. 1949. № 6. С. 25—26.

их конечных целях) и ч. 2 ст. 59.4 (пособничество бандам и укрывательство банд и отдельных их участников, а равно сокрытие добытого и следов преступления). Причем в последнем случае наряду с ними выделялось и *сокрытие добытого*. В решении же по Никуличеву Верховный Суд усмотрел, что сокрытие добытого поглощается по логическому объему укрывательством, а укрывательство, в свою очередь, — пособничеством. Постановлением ВЦИК и СНК от 06.06.1927 ч. 1 ст. 58.12 была упразднена, в новой редакции этой статьи оставлено только недонесение за такого рода преступления¹⁶, а ст. 59.4 была принципиально изменена постановлением ВЦИК и СНК от 10.01.1931¹⁷.

Попутно заметим, что в первоначальной редакции УК РСФСР 1926 г. пособничество встречалось в Особенной части еще в одной статье — 59.8, устанавливающей ответственность за подделку знаков государственной оплаты: в ч. 2 подчеркивалось, что за квалифицированный состав данного деяния — подделку денежных средств несколькими лицами или в виде промысла, ответственность наступает «в отношении всех участников и пособников». В соответствии с постановлением ВЦИК и СНК от 10.02.1930 новая редакция ст. 59.8 УК РСФСР уже не употребляла термина «пособничество»¹⁸. С момента перечисленных изменений упоминание о нем вплоть до наших дней останется лишь в Общей части Уголовного кодекса. В Особенную часть термин вернет Федеральный закон от 09.12.2010 № 352-ФЗ¹⁹, которым введена ч. 3 ст. 205.1, предусматривающая ответственность за пособничество в совершении террористического акта, захвате заложников и организации незаконного вооруженного формирования (к данному составу мы вернемся, рассматривая положения современного

УК РФ). В свою очередь, термин «укрывательство» исчезнет из уголовного-правовых норм на недолгое время — до принятия Основ уголовного законодательства 1958 г.

В научно-практической литературе конца 30-х гг. прошлого века при анализе положений проекта единого для СССР Уголовного кодекса в качестве одного из важных нововведений отмечалось, что «укрыватели преступления относятся к самостоятельному виду соучастников наравне с исполнителем, подстрекателем и пособником, а не выступают в качестве пособников, как это считает действующий УК РСФСР (ст. 17)»²⁰. Между тем данный проект так и не увидел свет, и «рядовой» правоприменитель на местах в условиях неисправленной законодательной коллизии часто «не желал» квалифицировать заранее не обещанное укрывательство похищенного имущества как соучастие. Выбор делался в пользу другого вида прикосновенности к преступлению, закрепленного в кодексе, — недонесения. Примечательно, что точка зрения, противоположная требованиям высшей судебной инстанции, встречается в материалах научной конференции вуза, подготавливающего офицерские кадры для военных трибуналов и военной прокуратуры. Так, один из участников конференции 1949 г., рассматривая вопросы совершения преступления организованной группой, указывал, что в число общих оснований индивидуальной ответственности каждого соучастника входит причинение — связь действия (бездействия) субъекта с общим для группы преступным результатом, а одним из неперменных условий квалификации хищения, совершенного двумя или большим числом лиц, является предварительное соглашение соучастников на совершение одного или нескольких хищений²¹.

¹⁶ Постановление ВЦИК и СНК от 6 июня 1927 г. «Об изменении Уголовного кодекса РСФСР редакции 1926 года» // Собрание узаконений и распоряжений Рабоче-Крестьянского Правительства РСФСР. 1927. № 49. Ст. 330.

¹⁷ Постановление ВЦИК и СНК от 10 января 1931 г. «Об изменении ст.ст. 59.4, 59.5, 193.10 и о дополнении ст.ст. 69 и 193.10а Уголовного кодекса РСФСР» // Собрание узаконений и распоряжений Рабоче-Крестьянского Правительства РСФСР. 1931. № 5. Ст. 46.

¹⁸ Постановление ВЦИК и СНК от 10 февраля 1930 г. «Об изменении ст. 59.8 Уголовного кодекса РСФСР» // Собрание узаконений и распоряжений Рабоче-Крестьянского Правительства РСФСР. 1930. № 8. Ст. 94.

¹⁹ Федеральный закон от 9 декабря 2010 г. № 352-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации» // СЗ РФ. 2010. № 50. Ст. 6610.

²⁰ Волков Г. О проекте нового Уголовного кодекса // Социалистическая законность. 1937. № 3. С. 20.

²¹ Каганов С. Некоторые вопросы соучастия в советском уголовном и военно-уголовном праве // Тезисы докладов на IV научной конференции слушателей Военно-юридической академии вооруженных сил СССР. М., 1949. С. 3.

Вместе с тем позиция высшей судебной инстанции не оставалась без подкрепления авторитетными научными трудами. В частности, А. Я. Вышинский применительно к укрывательству указывал: «Обещание не является обязательным условием для признания укрывательства пособничеством. Укрыватель мог ничего не обещать, но, как участник общей преступной деятельности, помогать успеху этой деятельности своим укрывательством. В таком случае нет никакого основания выделять его из числа других соучастников и рассматривать его лишь как прикосновенного к преступлению»²². В пользу такого утверждения на некоторое время разрешило спор и руководящее указание Пленума Верховного Суда СССР «О судебной практике по применению указа Президиума Верховного Совета СССР от 4 июня 1947 г. “Об уголовной ответственности за хищение государственного и общественного имущества”», утвержденное постановлением от 06.05.1952 № 4. Пункт 12 данного документа разъяснял, что «действия лиц, виновных в сбыте заведомо похищенного имущества или в содействии его сокрытию, должны квалифицироваться как соучастие в хищении, а не как недоносительство»²³. Целесообразность подобного подхода поддерживалась в научных публикациях вплоть до конца 1950-х гг. и предлагалась для закрепления в рамках обсуждения кодификации советского уголовного законодательства. Так, у Б. С. Никифорова можно встретить следующее высказывание: «В связи с вопросом о прикосновенности к преступлению вносится не новое, но вполне основательное предложение о перенесении в Особенную часть положений о заранее не обещанном соучастии»²⁴.

Однако **Основы уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик 1958 г.** (ст. 17), а в дальнейшем и **Уголовный кодекс РСФСР 1961 г.** (ст. 17) изменили ситуацию, прямо указав на то, что действия пособника по сокрытию должны быть заранее обещанными.

Кроме того, в числе объектов возможного сокрытия помимо самого преступника и следов преступления добавлены орудия и средства совершения преступления и предметы, добытые преступным путем. Укрывательство в соответствии со ст. 18 вышеназванных нормативных актов стало возможным только в случаях, прямо предусмотренным законом. Перечень таких преступлений был дан в ст. 189 УК РСФСР 1961 г.

Примерно к этому же периоду времени относится и смена преобладающих точек зрения в доктрине уголовного права. Так, М. И. Ковалев, обосновывая обязательность заранее данного пособником обещания, в частности, указывал: «Фактом обещания у исполнителя укрепляется решимость совершить преступление, устраняются препятствия, появляется реальная надежда на безнаказанность, а это — весомый фактор для того, чтобы поставить упомянутое обещание в причинную связь с действиями исполнителя, а через них и с преступным результатом»²⁵.

Между тем в судебной практике, по крайней мере в течение двух десятилетий, устойчиво сохранялась одна особенность, казалось бы недопустимая в силу законодательных требований того времени. Пункт 2 постановления Пленума Верховного Суда СССР от 31.07.1962 № 11 «О судебной практике по делам о заранее не обещанном укрывательстве преступления, приобретении и сбыте заведомо похищенного имущества»²⁶ предусматривал возможность признания соучастием укрывательства преступления, а также приобретения или сбыта имущества, заведомо добытого преступным путем, не только в том случае, если эти действия были заранее обещаны исполнителю, но и «по другим причинам (например, в силу систематического их совершения) давали основание исполнителю преступления рассчитывать на подобное содействие». Аналогичное положение содержалось и в п. 13 постановления Пленума Верховного Суда СССР от

²² Вышинский А. Я. Вопросы теории государства и права. М., 1949. С. 118.

²³ Судебная практика Верховного Суда СССР. 1952. № 6. С. 1—5.

²⁴ Никифоров Б. С. Основные вопросы развития советского уголовного права в связи с кодификацией уголовного законодательства // Труды научной сессии, посвященной сорокалетию Великой Октябрьской Социалистической Революции, 21—23 октября 1957 г. М., 1958. Вып. 1 : Доклады на пленарных заседаниях. С. 89.

²⁵ Ковалев М. И. К вопросу о понятии соучастия в советском уголовном праве // Правоведение. 1959. № 4. С. 97—105.

²⁶ Бюллетень Верховного Суда СССР. 1962. № 5. С. 17—19.

11 июля 1972 г. «О судебной практике по делам о хищениях государственного и общественного имущества»²⁷.

Думается, в подобных случаях подразумевалось не отсутствие предварительной договоренности вообще между исполнителем и пособником, а своеобразный конклюдентный характер обещания, не облеченный в устную форму. Такая позиция последовательно реализовывалась на практике и поддерживалась в теоретических исследованиях. Так, изданный в 1970-х гг. сборник судебной практики содержал определение Военной коллегии Верховного Суда СССР от 01.03.1962, которым квалифицированы как соучастие в форме заранее не обещанного укрывательства (ст. 17 и ч. 2 ст. 89 УК РСФСР 1961 г.) действия Жракова, принявшего для сокрытия и реализации имущество, похищенное ранее Бариновым и Филипчуком. При этом предварительного согласия на эти действия исполнителями кражи не спрашивалось, поскольку ранее Жраков уже хранил украденное из склада и считалось само собой разумеющимся, что он примет и другое похищенное имущество²⁸. Поддерживая позицию Верховного Суда РФ о признании соучастием систематического приобретения от одного и того же расхитителя похищенного имущества, А. В. Галахова в своей работе приводила в качестве примера дело Б., переоборудовавшего в своем гараже доставленные ему автомашины для дальнейшей их реализации по подложным документам. Достаточным для признания его пособником в хищении было усмотрено то, что Б. сознавал, что своими действиями содействует преступнику в сбыте данного имущества²⁹.

Стоит упомянуть, что по результатам анализа кассационной практики Волгоградского областного суда за период с 1969 по 1971 г. смешение заранее не обещанного укрывательства похищенного имущества и пособничества в хищении выделено А. В. Наумовым в числе трех наиболее распространенных ошибок при-

менения Общей части УК РФ (выявлявшихся, в свою очередь, значительно реже неправильного применения Особенной части УК РФ). При этом А. В. Наумов выразил мнение о том, что значительно сократить количество допускаемых в судебной практике ошибок стало бы возможным при условии, если «некоторые рекомендации, положения, своего рода “рецепты” правоприменительной деятельности в области уголовного права вошли бы в уголовное законодательство непосредственно»³⁰.

Подобные предложения были в дальнейшем учтены. Законодательная формулировка ныне действующего **Уголовного кодекса РФ 1996 г.** применительно к пособничеству является самой подробной из всего анализируемого периода. Часть 5 ст. 33 УК РФ дала возможность квалифицировать как пособничество действия лица, предоставившего информацию и орудия совершения преступления. Кроме того, на законодательном уровне более четко регламентирован вопрос в отношении лиц, заранее обещавших приобрести или сбыть предметы, добытые преступным путем.

Однако проблем с квалификацией рассматриваемого института не стало меньше. При этом дискуссионный акцент переносится с общих признаков пособничества на его применение к отдельным составам — борьба с терроризмом, взяточничеством, незаконным оборотом наркотических средств.

В частности, много споров вызвало возвращение термина «пособничество» в Особенную часть УК РФ Федеральным законом от 09.12.2010 № 352-ФЗ³¹, которым введена ч. 3 ст. 205.1, предусматривающая ответственность за пособничество в совершении террористического акта, захвате заложников и организации незаконного вооруженного формирования. Во введенном одновременно к этой статье примечании 1.1 дается определение пособничества, дословно воспроизводящее почти все его признаки, содержащиеся в ч. 5 ст. 33 УК РФ. Из Общей части не продублирован лишь один

²⁷ Сборник постановлений Пленума Верховного Суда СССР 1924—1973. М., 1974. С. 444—454.

²⁸ Сборник постановлений Пленума и определений коллегий Верховного Суда СССР по уголовным делам 1959—1971 гг. М., 1973. С. 89.

²⁹ Галахова А. Практика применения уголовного закона о соучастии // Советская юстиция. 1980. № 5. С. 21—23.

³⁰ Наумов А. В. Характеристика типичных ошибок в применении уголовного закона // Советская юстиция. 1973. № 15. С. 13—14.

³¹ Федеральный закон от 9 декабря 2010 г. № 352-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации» // СЗ РФ. 2010. № 50. Ст. 6610.

признак — указывающий на то, что пособнические действия по сокрытию преступника, следов преступления и т.д. должны быть *заранее обещаны*. При этом отказ в специальном определении от отдельных ограничений, накладываемых общими положениями института пособничества, дает повод к пересмотру, казалось бы, уже устоявшейся концепции невозможности присоединения пособника на стадии окончательного преступного деяния. К примеру, в современной научно-практической литературе встречается мнение о том, что заранее не обещанное укрывательство преступления возможно квалифицировать как пособничество в соответствии с примечанием 1.1 к ст. 205.1 УК РФ³².

Однако использование в статьях Особенной части терминов, характеризующих конкретные способы соучастия, вызывает и серьезную критику. В частности, Д. А. Безбородов выразил следующую позицию по поводу тенденций российского уголовного законодательства к излишней казуистичности: «К сожалению, иногда создается впечатление, что законодатель либо не подозревает о существовании в Общей части Уголовного кодекса института соучастия в преступлении, либо руководствуется какими-то иными мотивами, как представляется, чаще всего политического характера»³³. А. И. Рарог, выделяя ст. 205.1 УК РФ как «наименее удачную и наиболее многострадальную норму среди уголовно-правовых средств противодействия терроризму», в своих работах приводит ряд весомых аргументов о ее социальной и юридической необоснованности, содержательных и технико-юридических недостатках³⁴.

Подобным же образом А. И. Рарог отрицательно характеризует и еще одну «неновую новеллу» — Федеральный закон от 04.05.2011 № 97-ФЗ, которым введена статья 291.1 «По-

средничество во взяточничестве». По мнению ученого, возврат в законодательство посредничества во взяточничестве осуществлен с нарушением требований системности уголовного закона. В качестве основных аргументов А. И. Рарог приводит отсутствие аналогичных изменений применительно к коммерческому подкупу, а также явное несоответствие санкций посредничества во взяточничестве по сравнению с санкциями за дачу или получение взятки³⁵.

Не оспаривая перечисленных доводов, попытаемся все же выяснить «побудительные мотивы» законодателя. В качестве таковых видится ограниченность вариантов пособнических действий, закрепленных ч. 5 ст. 33 УК РФ. К. В. Образиев и К. В. Чашин отмечают: «До появления ст. 291.1 УК РФ посредник во взяточничестве, как правило, признавался пособником преступления, предусмотренного ст. 290 или 291 УК РФ. Однако подобная уголовно-правовая оценка далеко не во всех случаях соответствовала предписаниям ч. 5 ст. 33 УК РФ, которая содержит исчерпывающий перечень пособнических действий. <...> Передача предмета преступления (в нашем случае — взятки) в перечне пособнических действий не указана (в нем фигурирует только предоставление «средств или орудий совершения преступления»)»³⁶. Думается, той же причиной несоответствия объективной стороны пособничества и посредничества можно объяснить и мотивы введения в советское уголовное законодательство ст. 174.1 Законом РСФСР от 25.07.1962 г.³⁷ (практически сразу после издания УК РСФСР 1961 г.). Правда, формулировалась она намного лаконичнее современного варианта — «посредничество во взяточничестве». При этом к размеру наказания исследователи советского периода так же высказывали нарекания³⁸.

³² Зарубин А. В. Некоторые вопросы ответственности за содействие террористической деятельности // Криминалистика. 2017. № 2. С. 5.

³³ Безбородов Д. А. Тенденции уголовного законодательства при конструировании норм о необходимом соучастии // Криминалистика. 2017. № 1. С. 4.

³⁴ См.: Рарог А. И. Законодательные атаки на устои уголовного права // Государство и право. 2013. № 1. С. 30; Он же. Уголовный кодекс России против терроризма // Lex Russica. 2017. № 4. С. 155—178.

³⁵ Рарог А. И. Законодательные атаки на устои уголовного права. С. 28.

³⁶ Образиев К., Чашин К. Криминализация посредничества во взяточничестве: поиск оптимальной модели // Уголовное право. 2013. № 6. С. 32.

³⁷ Закон РСФСР от 25.07.1962 «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс РСФСР» // Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1962. № 29. Ст. 449.

³⁸ См., например: Дементьев С. И. Аксиологический анализ уголовно-правовых санкций // Советское государство и право. 1987. № 7. С. 75—80.

Закрытый перечень способов пособничества затрудняет квалификацию общественно опасных деяний, связанных и с другого рода преступлениями — содействием в сбыте наркотических средств. Приведем одно типичное решение, в котором, на наш взгляд, вмененные осужденному признаки деяния не вполне соотносятся с формулировкой пособничества, изложенной в Уголовном кодексе. В феврале 2016 г. приговором Железнодорожного районного суда г. Пензы осужден Легаев за то, что, получая в сети Интернет от неустановленного лица информацию о местонахождении оптовых «закладок» с наркотическими средствами, на их основе за денежное вознаграждение делал розничные «закладки». К указанной деятельности Легаев привлек своего знакомого Логунова, который не входил в состав группы лиц по предварительному сговору, но оказывал Легаеву помощь в незаконных сбывах наркотических средств, а именно *осуществлял переписку в интернет-приложении с неустановленным следствием лицом от имени Легаева о незаконном сбыте наркотических средств, периодически вместе с Легаевым забирал мелкооптовые партии «закладок» с наркотическими средствами, осуществлял из их количества совместно с Легаевым розничные «закладки» наркотических средств*³⁹.

При сравнении объективной стороны действий Логунова с содержанием п. 5 ст. 33 УК РФ можно увидеть следующее несоответствие: если переписку в интернет-приложении от имени другого лица можно, хотя бы и с натяжкой, отнести к содействию в виде предоставления информации, то получение мелкооптовых партий наркотических средств и изготовление из них розничных «закладок» не подпадает ни под один из вышеперечисленных видов содействия (с учетом того, что наркотики в данном случае являлись не средствами или орудиями, а предметом преступления). Действия Легаева и Логунова в большей степени похожи на соисполнительство. Пособничеством, в зависимости от конкретного характера помощи, это может быть названо лишь при определении его содержания по формулировке с открытым

перечнем (аналогично Основным началам по уголовному праву РСФСР 1919 г.).

На недостаток законодательства, заключающийся в исчерпывающем перечне действий пособника, указывают, в частности, В. Винокуров и Р. Гордеев в рамках рассмотрения проблем квалификации посредничества в приобретении или сбыте наркотиков⁴⁰. Отмечая, что это вынуждает Верховный Суд РФ к расширительному толкованию, авторы приводят позицию Д. М. Молчанова, предлагающего расширить в действующем законодательстве понятие пособничества, дополнив ч. 5 ст. 33 УК РФ формулировкой «либо иным образом способствовало совершению преступления»⁴¹.

Не решает коренным образом проблемы и толкование, предложенное введенным в июне 2015 г. п. 15.1 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 15.06.2006 № 14 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами». Предлагая рассматривать передачу приобретателю наркотических средств по поручению другого лица как соисполнительство в незаконном сбыте, это разъяснение неприменимо для ситуаций, аналогичных приведенному выше примеру. В нем Легаев и Логунов совместно выполняли поручения другого лица. Однако о существовании у Легаева нанятого по собственной инициативе помощника, Логунова, это лицо, являвшееся оптовым сбытчиком, даже не знало; между ним и Логуновым сговора не было. Кроме того, Логунов забирал наркотические средства не у Легаева, а *вместе* с ним и розничные «закладки» наркотических средств осуществлял не самостоятельно по поручению Легаева, а *совместно* с ним. В опубликованном тексте приговора, к сожалению, не отражены конкретные действия, которые совершали осужденные с «закладками». Но даже в том случае, если Логунов выполнял лишь какие-либо «вспомогательные» действия (например, подносил бумагу для изготовления «закладок»), то ни для соисполнительства, ни для пособничества исходя из текста ст. 33 УК РФ этого недостаточно.

³⁹ Приговор Железнодорожного районного суда г. Пензы от 12 февраля 2016 г. по делу № 1-20/2016 // Судебные и нормативные акты РФ. URL: <http://sudact.ru/regular/doc/FCywtCDiAIWI/> (20.02.2018).

⁴⁰ Винокуров В., Гордеев Р. Уголовно-правовая оценка действий лица, выступающего посредником между приобретателем и сбытчиком наркотических средств // Уголовное право. 2014. № 2. С. 23.

⁴¹ Винокуров В., Гордеев Р. Указ. соч. С. 23.

В заключение отметим, что, учитывая однородность проблем для различных составов преступлений, представляется целесообразными предусмотреть открытый перечень возможных способов пособничества в ч. 3 ст. 33 УК РФ, чтобы не подгонять под потребности практики конкретные составы преступления. Рассмотренные нами примеры трансформации формулы пособничества (не получившей логического завершения и в настоящее время)

убедительно показывают, что совершенствование институтов уголовного права невозможно без участия судебной практики, нередко служащей сигналом для законодателя о наличии дефекта техники изложения уголовно-правовой нормы. При этом только триединство теории, законодательства и практики, причем с наличием обратных связей, может обеспечить эффективную реализацию уголовной политики.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Безбородов Д. А.* Тенденции уголовного законодательства при конструировании норм о необходимом соучастии // *Криминалистика*. — 2017. — № 1. — С. 3—5.
2. *Винокуров В., Гордеев Р.* Уголовно-правовая оценка действий лица, выступающего посредником между приобретателем и сбытчиком наркотических средств // *Уголовное право*. — 2014. — № 2. — С. 23—26.
3. *Волков Г.* О проекте нового Уголовного кодекса // *Социалистическая законность*. — 1937. — № 3. — С. 11—22.
4. *Вышинский А. Я.* Вопросы теории государства и права. — М., 1949. — 419 с.
5. *Галахова А.* Практика применения уголовного закона о соучастии // *Советская юстиция*. — 1980. — № 5. — С. 21—23.
6. *Дементьев С. И.* Аксиологический анализ уголовно-правовых санкций // *Советское государство и право*. — 1987. — № 7. — С. 75—80.
7. *Зарубин А. В.* Некоторые вопросы ответственности за содействие террористической деятельности // *Криминалистика*. — 2017. — № 2. — С. 3—5.
8. *Каганов С.* Некоторые вопросы соучастия в советском уголовном и военно-уголовном праве // Тезисы докладов на IV научной конференции слушателей Военно-юридической академии вооруженных сил СССР. — М., 1949. — С. 2—4.
9. *Ковалев М. И.* К вопросу о понятии соучастия в советском уголовном праве // *Правоведение*. — 1959. — № 4. — С. 97—105.
10. *Наумов А. В.* Характеристика типичных ошибок в применении уголовного закона // *Советская юстиция*. — 1973. — № 15. — С. 13—14.
11. *Никифоров Б. С.* Основные вопросы развития советского уголовного права в связи с кодификацией уголовного законодательства // Труды научной сессии, посвященной сорокалетию Великой Октябрьской Социалистической Революции, 21—23 октября 1957 г. — М., 1958. — Вып. 1 : Доклады на пленарных заседаниях. — С. 82—111.
12. *Ображиев К., Чашин К.* Криминализация посредничества во взяточничестве: поиск оптимальной модели // *Уголовное право*. — 2013. — № 6. — С. 30—35.
13. *Рарог А. И.* Законодательные атаки на устои уголовного права // *Государство и право*. — 2013. — № 1. — С. 24—32.
14. *Рарог А. И.* Уголовный кодекс России против терроризма // *Lex Russica*. — 2017. — № 4. — С. 155—178.
15. *Трайнин А.* К вопросу о классовом правосудии // *Революционная законность*. — 1926. — № 7-8. — С. 1—3.

Материал поступил в редакцию 6 марта 2018 г.

TRANSFORMATION OF THE INSTITUTE OF COMPLICITY IN SOVIET AND RUSSIAN CRIMINAL LAW

PIKUROV Oleg Nikolaevich — PhD in Law, Senior Assistant to the Prosecutor of the Volgograd Region on Legal Support and Public Relations
pikurov@mail.ru
400075, Russia, Volgograd, ul. Istoricheskaya, d. 124

Abstract. *The effectiveness of the criminal policy implementation largely depends on the interrelation between legislation, legal theory and practice. On the example of complicity as one of the institutes of criminal law, the article investigates the mechanism of their mutual influence during several historical epochs: since the moment of a radical change in the development of criminal law related to the 1917 Revolution till the present day. The author analyzes changes in the legislation that had taken place during the specified period. It is noted that after it was rejected to provide for a non-exhaustive list of complicity actions in the Criminal Code of 1922 that had been laid down in the 1919 Guiding Principles on the Criminal Law of the RSFSR, all sources of criminal law demonstrate a constant increase in the list of criminalized means of complicity. In the author's opinion, the reason for this is the objective need of jurisprudence, since the variety of public relations (and, accordingly, socially dangerous acts aimed at the destruction of social relations) cannot fit into the legal framework. Such conclusions are confirmed by decisions on specific cases considered by courts of various levels since 1920s and up to the present time. In addition, the main doctrinal standings concerning the issues under consideration are given. Conclusions are drawn with respect to the possibility of applying individual methods of legislative regulation used by Soviet criminal law to resolve contemporary issues. In particular, using specific socially dangerous acts as examples (assistance in terrorist activities, mediation in bribery, complicity in the illicit sale of narcotic drugs) and taking into account the needs of modern jurisprudence, it is proposed to return to a non-exhaustive list of methods of complicity in the General Part of the Criminal Code.*

Keywords: *complicity, abetting, concealment, misrepresentation, assistance in terrorist activities, mediation in bribery, sale of narcotic drugs, acquisition of stolen property, criminal policy, qualification.*

REFERENCES

1. Bezborodov D.A. Tendentsii ugolovnogo zakonodatelstva pri konstruirovani norm o neobkhodimom souchastii [Tendencies in criminal legislation when constructing legal rules concerning the necessary complicity]. *Kriminalist*. 2017. No. 1. P. 3—5.
2. Vinokurov V., Gordeev R. Ugolovnoppravovaya otsenka deystviy litsa vystupayushchego posrednikom mezhdu priobretatelem i sbychikom narkoticheskikh sredstv [Criminal law estimation of actions of the person acting as the intermediary between the acquirer and the distributor of narcotics]. *Ugolovnoe pravo [The Criminal Law]*. 2014. No. 2. P. 23—26.
3. Volkov G. O proekte novogo ugolovnogo kodeksa [On the Draft of the New Criminal Code]. *Sotsialisticheskaya zakonnost [Socialist legality]*. 1937. No. 3. P. 11—22.
4. Vyshinsky A.Ya. Voprosy teorii gosudarstva i prava [Issues of the Theory of the State and law]. Moscow. 1949. 419 p.
5. Galakhova A. Praktika primeneniia ugolovnogo zakona o souchastii [The practice of applying the criminal law on complicity]. *Sovetskaya yustitsiya [Soviet Justice]*. 1980. No. 5. P. 21—23.
6. Dementiev S.I. Aksiologicheskii analiz ugolovnoppravovykh sanktsiy [Axiological analysis of criminal law sanctions]. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo [The Soviet State and Law]*. 1987. No. 7. P. 75—80.
7. Zarubin A.V. Nekotorye voprosy otvetstvennosti za sodeystvie terroristicheskoy deyatelnosti [Some issues of responsibility for the promotion of terrorist activities]. *Kriminalist*. 2017. No. 2. P. 3—5.
8. Kaganov S. Nekotorye voprosy souchastiya v sovetskom ugolovnom i voennougolovnom prave [Some issues of complicity in the Soviet criminal and military-criminal law]. Tezisy dokladov na IV nauchnoy konferentsii slushateley Voennyuridicheskoy akademii vooruzhennykh sil SSSR [Abstracts of the 4th Scientific Conference of Students of the Military-Law Academy of the Armed Forces of the USSR]. Moscow, 1949. P. 2—4.



9. Kovalev M.I. K voprosu o ponyatii souchastiya v sovetskom ugovnom pravе [On the Issue of the Concept of Complicity in Soviet Criminal Law]. *Pravovedenie [Jurisprudence]*. 1959. No. 4. P. 97—105.
10. Naumov A.V. Kharakteristika tipichnykh oshibok v primeneniі ugovnogo zakona [Characteristics of Typical Errors in Application of the Criminal Law]. *Sovetskaya yustitsiya [Soviet Justice]*. 1973. No. 15. P. 13—14.
11. Nikiforov B.S. Osnovnye voprosy razvitiya sovetskogo ugovnogo prava v svyazi s kodifikatsiey ugovnogo zakonodatelstva [The main issues of the development of Soviet criminal law in connection with the codification of criminal law]. *Trudy nauchnoi sessii posviashchennoi sorokaletiiu Velikoi Oktiabrskoi Sotsialisticheskoi Revoliutsii 21—23 oktiabria 1957 g.: doklady na plenarnykh zasedaniyakh* [Proceedings of the Scientific Session devoted to the fortieth anniversary of the Great October Socialist Revolution, October 21—23, 1957: plenary reports]. Moscow, 1958. Issue 1. P. 82—111.
12. Obrazhiev K., Chashin K. Kriminalizatsiya posrednichestva vo vzyatochnichestve: poisk optimalnoy modeli [Criminalization of mediation in bribery: search for the optimal model]. *Ugovnoe pravo [Criminal Law]*. 2013. No. 6. P. 30—35.
13. Rarog A.I. Zakonodatelnye ataki na ustoi ugovnogo prava [Legislative attacks on the foundations of criminal law]. *Gosudarstvo i pravo [The State and Law]*. 2013. No. 1. P. 24—32.
14. Rarog A.I. Ugolovnyy kodeks rossii protiv terrorizma [The Criminal Code of Russia against Terrorism]. *Lex Russica*. 2017. No. 4. P. 155—178.
15. Traynin A. K voprosu o klassovom pravosudii [On the Issue of Class Justice]. *Revolyutsionnaya zakonnost*. 1926. No. 7-8. P. 1-3.

ВОЗВРАТ СРЕДСТВ МАТЕРИНСКОГО (СЕМЕЙНОГО) КАПИТАЛА В БЮДЖЕТ ПЕНСИОННОГО ФОНДА РОССИИ: ОСНОВАНИЯ, ПОРЯДОК, ПРАВОВЫЕ ПОСЛЕДСТВИЯ

Аннотация. В статье обосновывается необходимость закрепления в Федеральном законе «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей» оснований, порядка и правовых последствий возврата средств материнского (семейного) капитала в бюджет Пенсионного фонда РФ после того, как уполномоченным лицом было реализовано право распоряжения ими. Потребность в таком регулировании возникает в случаях признания договора, направленного на улучшение жилищных условий, недействительным, его расторжения и в иных случаях, когда у уполномоченного лица появляется возможность использовать средства материнского (капитала) на цели иные, чем предусмотрены законом. В отсутствие соответствующих норм в законодательстве о социальном обеспечении возврат средств материнского (семейного) капитала в подобных ситуациях обеспечивается применением норм гражданского права с учетом специфики материнского (семейного) капитала как вида социального обеспечения. Вместе с тем потенциал гражданско-правовых норм в регулировании указанных отношений ограничен. Возврат средств материнского капитала в бюджет Пенсионного фонда РФ неизбежно порождает вопрос о возможности повторного распоряжения ими. На основе анализа судебных актов по делам о «восстановлении» права на дополнительные меры государственной поддержки автор приходит к выводу о потребности в законодательном регулировании условий и порядка повторной реализации указанного права. «Восстановление» права на материнский (семейный) капитал должно допускаться только после фактического возврата средств в бюджет. Правовые последствия такого возврата должны быть дифференцированы законодателем в зависимости от того, действовало ли уполномоченное лицо добросовестно при первоначальном распоряжении средствами материнского (семейного) капитала. Недобросовестное использование права на дополнительные меры государственной поддержки должно приниматься во внимание при определении законодателем возможности повторной реализации или установлении дополнительных условий для этого.

Ключевые слова: материнский (семейный) капитал, средства материнского капитала, законодательство о социальном обеспечении, меры государственной поддержки, возврат средств в бюджет, повторное распоряжение, поддержка семей, государственная поддержка, добросовестность.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.140.7.054-071

© Курченко О. С., 2018

* Курченко Олег Сергеевич, кандидат юридических наук, преподаватель Омского государственного университета имени Ф. М. Достоевского
olegpost2001@mail.ru
644065, Россия, г. Омск, ул. 50 лет Профсоюзов, д. 100/1

Прошло уже более 10 лет с даты вступления в силу Федерального закона от 29 декабря 2006 г. № 256-ФЗ «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей»¹ (далее — Закон № 256-ФЗ). В течение указанного периода Закон подвергался многократным изменениям, часть которых была обусловлена появлением последствий, не охватывавшихся первоначальным замыслом законодателя. Среди такого рода последствий оказались ситуации возврата средств материнского (семейного) капитала (далее — МСК) после реализации лицами, получившими государственные сертификаты на МСК, права распоряжения ими. Однако, несмотря на значительное количество вопросов (определение перечня случаев, когда возврат средств МСК необходим, установление порядка и правовых последствий возврата средств МСК в бюджет Пенсионного фонда России), на законодательном уровне этот блок общественных отношений остается без надлежащего регулирования. В условиях недостаточности правовых норм для регулирования отношений по возврату в отдельных случаях средств МСК поиск решения многочисленных практических вопросов вынужденно осуществляется в процессе правоприменения (прежде всего при осуществлении правосудия по конкретным делам). Выработка предложений по дополнению существующего законодательного регулирования требует теоретического обоснования необходимости такого регулирования и научного анализа складывающихся в правоприменительной практике подходов к восполнению правовых пробелов. Настоящая статья представляет собой попытку решения указанных задач.

ОСНОВАНИЯ ВОЗВРАТА СРЕДСТВ МАТЕРИНСКОГО (СЕМЕЙНОГО) КАПИТАЛА В БЮДЖЕТ ПЕНСИОННОГО ФОНДА РФ

Отсутствие в первоначальном тексте Закона № 256-ФЗ правовых норм, регулирующих отношения по возврату средств МСК, можно было объяснить сжатыми сроками, в которые законопроект готовился и рассматривался Федеральным Собранием РФ. Однако и в последующие годы², несмотря на признание на официальном уровне широкого распространения девиантных форм реализации права распоряжения средствами МСК на улучшение жилищных условий³, указанная часть механизма предоставления дополнительных мер государственной поддержки семьям с детьми так и осталась без необходимого законодательного регулирования.

Отдельные случаи возврата средств МСК получили весьма лаконичную регламентацию на подзаконном уровне. Так, в соответствии с п. 19 Правил направления средств (части средств) материнского (семейного) капитала на улучшение жилищных условий, утвержденных постановлением Правительства РФ от 12 декабря 2007 г. № 862⁴ (далее — Правила № 862), на организацию-кредитора (займодавца) возлагается обязанность по возврату в орган Пенсионного фонда РФ (ПФР) в течение пяти банковских дней со дня поступления средств на ее счет разницы между суммой средств МСК, перечисленной органом ПФР в целях исполнения лицом, подавшим заявление о распоряжении средствами МСК, обязательств из кредитного договора (договора займа), и суммой первоначального взноса при получении кредита (займа) или размера остатка основного долга и процентов за пользование кредитом (займом) на момент поступления средств на счет организации-кредитора

¹ Российская газета. 2006. 31 дек.

² Необходимо отметить, что если в первые два года действия Закона № 256-ФЗ возврат средств МСК мог обсуждаться лишь на уровне теоретических гипотез и предложений по совершенствованию законодательства, то после допущения законодателем в качестве антикризисной меры с 1 января 2009 г. (Федеральный закон от 25 декабря 2008 г. № 288-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей”» // Российская газета. 2008. 30 дек.) возможности направления средств МСК на исполнение заемных обязательств, имеющих целью улучшение жилищных условий, независимо от времени, истекшего со дня рождения второго, третьего и последующих детей, указанный вопрос достаточно быстро обрел практическое значение.

³ См.: пояснительная записка к проекту Федерального закона № 229645-6 «О внесении изменений в статьи 8 и 10 Федерального закона “О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей”» // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ СЗ РФ. 2007. № 51. Ст. 6374.

(займодавец). Применительно к распоряжению средствами МСК на получение ребенком (детьми) образования перечень оснований для возврата средств МСК существенно шире: п. 13 Правил направления средств (части средств) материнского (семейного) капитала на получение образования ребенком (детьми) и осуществление иных связанных с получением образования ребенком (детьми) расходов, утвержденных постановлением Правительства РФ от 24 декабря 2007 г. № 926⁵ (далее — Правила № 926), предусматривает обязанность образовательной организации по возврату денежных средств, перечисленных органом ПФР на счет образовательной организации и не использованных в связи с прекращением получения ребенком (детьми) образовательных услуг либо в случае расторжения договора найма жилого помещения в общежитии и (или) договора между образовательной организацией и лицом, получившим сертификат. Однако в отличие от нормы п. 19 Правил № 862 положения п. 13 Правил № 926 не устанавливают срок, в течение которого обязанность по возврату средств МСК должна быть исполнена образовательной организацией. Таким образом, имеющееся правовое регулирование оснований для возврата перечисленных органом ПФР средств МСК в бюджет ПФР носит в значительной степени фрагментарный характер, поскольку перечень случаев, в которых возникает необходимость подобного шага, не исчерпывается теми, которые получили регламентацию в постановлениях Правительства РФ. Кроме того, положения, предусмотренные п. 13 Правил № 926, могут быть оценены критически по причине их неполноты и подзаконного уровня формального закрепления.

Сама постановка вопроса о необходимости в отдельных случаях вернуть перечис-

ленные органом ПФР на основании заявления управомоченного лица средства МСК, как представляется, производна от особенностей установленного законом правового механизма предоставления дополнительных мер государственной поддержки семьям с детьми. Появление в российском социально-обеспечительном законодательстве с принятием Закона № 256-ФЗ нового вида социального предоставления — материнского (семейного) капитала — открыло научную дискуссию о его правовой природе, месте в системе традиционных для отечественного права социальных выплат вообще и социальной защиты граждан, имеющих детей, в частности. Разница в подходах к определению правовой природы материнского (семейного) капитала сводится к его рассмотрению в качестве нового, не имеющего аналогов вида социального обеспечения или квалификации его как разновидности такого известного российскому законодательству виду социальных выплат, как субсидия⁶.

В контексте задач настоящего исследования, однако, представляется значимым не столько определение места материнского (семейного) капитала в системе социального обеспечения, сколько выделение тех его существенных свойств, которые обуславливают необходимость возврата в отдельных случаях уже перечисленных средств МСК и последствий возврата. Специфика материнского (семейного) капитала состоит в первую очередь в предоставляемой лицу, получившему государственный сертификат на МСК, возможности использовать средства только для достижения целей, установленных Законом № 256-ФЗ⁷. Контроль за соблюдением целевого назначения средств МСК в рамках существующего правового механизма должен обеспечиваться посредством осуществляемой органом ПФР на

⁵ Российская газета. 2007. 29 дек.

⁶ См. об этом, например: *Ахмедшина А. Н.* Право на материнский (семейный) капитал в системе мер социального обеспечения // *Журнал российского права.* 2009. № 1. С. 103 ; *Корсаненкова Ю. Б.* Некоторые проблемы правового регулирования предоставления материнского капитала // *Современное состояние законодательства и науки трудового права и права социального обеспечения : материалы 6-й Междунар. науч.-практ. конференции / под ред. К. Н. Гусова.* М., 2010. С. 578 ; *Гусева Т. С.* Материнский (семейный) капитал: пути повышения эффективности правового регулирования // *Семейное и жилищное право.* 2012. № 6. С. 7—8.

⁷ Предоставление лицам, получившим государственные сертификаты на МСК в 2009, 2010, 2015, 2016 гг., права на единовременную выплату за счет средств МСК явилось, по сути, исключением из общего правила, концептуально несовместимым с идеей материнского (семейного) капитала, направленным на решение ситуативных задач и, очевидно, по этой причине закреплявшимся в отдельных федеральных законах.

этапе рассмотрения заявления о распоряжении средствами МСК предварительной оценки соответствия закону избранного заявителем способа реализации предоставленного ему права. Однако отрицание необходимости праввосстановительных мер в случаях выявления использования средств МСК в противоречии с законодательно определенными целями уже после их перечисления органом ПФР привело бы к неизбежному выхолащиванию сущности материнского (семейного) капитала как особого целевого социального предоставления. Вторая отличительная особенность механизма дополнительных мер государственной поддержки присуща таким направлениям их реализации, как улучшение жилищных условий и получение образования ребенком (детьми)⁸. Она выражается в недопустимости по общему правилу получения средств МСК лицом, которому выдан государственный сертификат на МСК. Являясь, по существу, одним из возможных способов обеспечения целевого использования средств МСК, указанная особенность реализуется путем установления законодателем необходимости перечисления средств МСК в подавляющем большинстве случаев контрагенту «владельца» сертификата в гражданско-правовом обязательстве. В результате предоставление дополнительных мер государственной поддержки семьям с детьми оказывается «встроенным» в гражданско-правовые отношения, что в силу своеобразной «обратной связи» не может не влиять на эффективность применения соответствующих социально-обеспечительных норм. Гражданско-правовое регулирование отношений, в рамках которых происходит реализация права на материнский (семейный) капитал по двум основным направлениям, с одной стороны, как следствие принципа свободы договора, открывает перед лицом, получившим государственный сертификат на МСК, дополнительные возможности по выбору контрагента, определению условий сделки, на исполнение обязательств по которой будут направлены средства МСК, и т.п., с другой — создает почву для использо-

вания гражданско-правовых средств в целях, не предусмотренных Законом № 256-ФЗ. Так, уже в 2007 г., т.е. до начала реализации норм о распоряжении средствами МСК, в научной литературе высказывались опасения по поводу возможности недобросовестного использования таких гражданско-правовых инструментов, как расторжение договора и признание сделки недействительной, в целях противоправного «обналичивания» средств МСК и предложения о дополнении законодательства нормами, позволяющими противодействовать такому развитию событий⁹. Как будет показано далее, правоприменительная практика подтвердила обоснованность подобных опасений, но закрепление на законодательном уровне недействительности сделки и расторжения договора, исполнение обязательств по которым осуществлялось с использованием средств МСК, в качестве оснований для возврата указанных средств не состоялось до сих пор. Отметим также, что недействительность или расторжение договора не всегда являются элементом заранее спланированной схемы, направленной на «обналичивание» средств МСК: обстоятельства, влекущие такие последствия, могут и при отсутствии недобросовестности управомоченного лица возникнуть (применительно к расторжению договора) или стать явными для сторон сделки (в случае признания договора недействительным) уже после распоряжения средствами МСК, что не исключает необходимости установления общего последствия недействительности (расторжения) договора — возврата средств МСК в бюджет ПФР.

Оборотоспособность объектов (будь то недвижимое имущество или права требования (например, по договору участия в долевом строительстве)), которые могут быть приобретены лицом, получившим государственный сертификат на МСК, в случае направления средств МСК на улучшение жилищных условий, является еще одним фактором, позволяющим средствам МСК в противоречии с установленным механизмом реализации права на дополнительные меры государственной поддержки

⁸ В связи с этим два других возможных направления распоряжения средствами МСК (формирование накопительной пенсии матери и приобретение товаров и услуг, предназначенных для социальной адаптации и интеграции в общество детей-инвалидов) в силу специфики правового механизма их реализации остаются за рамками настоящей статьи.

⁹ См.: *Ахмедшина А. Н.* Указ. соч. С. 106 ; *Лунина Е. В.* Комментарий к Федеральному закону «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей» (постатейный) // СПС «КонсультантПлюс», 2007.

оказаться в руках управомоченного лица. Разумеется, возможность отчуждения объекта, приобретенного с использованием средств МСК, законодателем не запрещена, требуется лишь предварительно оформить жилое помещение в общую долевую собственность лица, получившего сертификат, его супруга и детей (ч. 4 ст. 10 Закона № 256-ФЗ).

Одним из способов обеспечения выполнения указанного требования является предоставляемое в орган ПФР нотариально удостоверенное обязательство оформить жилое помещение в соответствии с нормами закона. Отсутствие механизма контроля за выполнением такого обязательства создает условия для беспрепятственного отчуждения жилого помещения и появления у владельца сертификата возможности распорядиться полученными средствами по собственному усмотрению. Возникновение ситуаций такого рода было вполне foreseeable, поэтому принятие нормативных актов, закрепляющих обязанность предоставления обязательства, должно было сопровождаться установлением мер по контролю за его исполнением и определением последствий продажи жилого помещения без исполнения обязательства (например, в виде возложения на нарушителя обязанности по возврату средств МСК в орган ПФР)¹⁰. Показательно, что в настоящее время наличие данной обязанности в случае продажи жилого помещения, приобретенного с использованием средств МСК лишь с целью его последующего отчуждения, без исполнения нотариально удостоверенного обязательства, в правоприменительной практике выводится из общего смысла норм Закона № 256-ФЗ, с применением положений Гражданского кодекса РФ¹¹ о неосновательном обогащении¹².

Весьма актуальным с практической точки зрения и не имеющим законодательного решения является вопрос о наличии (об отсутствии) оснований для возврата средств МСК, направленных на погашение основного долга и уплату процентов по кредитному договору (договору займа) на приобретение жилого помещения, в случае удовлетворения судом требований кредитора о досрочном возврате всей суммы долга и обращения взыскания на жилое помещение, считающееся обремененным ипотекой в силу закона. Сам по себе факт использования средств МСК для погашения части долга по кредитному договору (договору займа) на приобретение жилого помещения, как представляется, не может служить препятствием для обращения взыскания на такое жилое помещение, в противном случае баланс интересов сторон заемного обязательства был бы существенно и неоправданно нарушен.

При этом подразумеваемый при распоряжении средствами МСК конечный результат (улучшение жилищных условий) оказывается нивелированным, а исполнение предоставленного в орган ПФР обязательства — невозможным. Последствием обращения взыскания на заложенное жилое помещение может стать получение лицом, ранее распорядившимся средствами МСК, денежных средств в размере разницы между ценой, по которой объект был реализован, и общей суммой долга перед кредитором по заемному обязательству (п. 3 ст. 334 ГК РФ). В этой ситуации, как видится, рациональным было бы следующее решение: обязанность по возврату средств МСК возникла бы у лица, реализовавшего право на распоряжение указанными средствами, но лишь в пределах суммы, оставшейся у собственника

¹⁰ Острота описанной проблемы может быть снята (во всяком случае, в будущем) посредством законодательного регулирования обмена информацией между органами ПФР и органами, осуществляющими государственную регистрацию прав на недвижимое имущество и сделок с ним, о жилых помещениях, приобретаемых с использованием средств МСК, и фактах предоставления в орган ПФР нотариально удостоверенных обязательств оформить жилые помещения в соответствии с требованиями закона.

¹¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ (ред. от 3 июля 2016 г.) // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

¹² См., например: апелляционное определение Челябинского областного суда от 15 августа 2013 г. по делу № 11-8088/2013; апелляционное определение Пензенского областного суда от 15 октября 2013 г. по делу 33-2521/2013; решение Кировского районного суда г. Омска от 20 февраля 2013 г. // Архив Кировского районного суда г. Омска. Дело № 2-269/2013.

Здесь и далее по тексту статьи, если не указано иное, используются тексты судебных актов, размещенные в СПС «КонсультантПлюс».

жилого помещения после его продажи и погашения долга перед кредитором¹³.

Многообразие возможных по действующему правовому регулированию способов улучшения жилищных условий позволяет предположить наличие и иных случаев, когда перечисленные по заявлению управомоченного лица средства МСК подлежали бы возврату в орган ПФР: это и установление факта использования средств МСК, предоставленных на строительство индивидуального жилого дома, не по целевому назначению (ч. 1.1 ст. 10 Закона № 256-ФЗ), и различного рода схемы «обналичивания» материнского (семейного) капитала, и др.

Приведенные примеры дают возможность индуктивным путем сформулировать основания для возврата средств материнского (семейного) капитала:

- 1) элиминация конечного результата, для достижения которого предоставляются дополнительные меры государственной поддержки (утрата или невозможность приобретения права собственности на жилое помещение; прерывание процесса оказания образовательных и иных связанных с этим услуг), произошедшая после распоряжения средствами материнского (семейного) капитала;
- 2) как следствие, возникновение неосновательного обогащения у лица, получившего сертификат, или иного лица и возможности использовать средства материнского (семейного) капитала полностью или частично на цели, не предусмотренные законом.

Таким образом, правовой механизм предоставления дополнительных мер государственной поддержки семьям с детьми нуждается в дополнении нормами, предусматривающими основания для возврата средств материнского (семейного) капитала в орган ПФР. Отсутствие таких норм свидетельствует о неполноте данного правового механизма и негативно сказывается на эффективности правового регулирования указанных отношений.

ПОРЯДОК ВОЗВРАТА СРЕДСТВ МАТЕРИНСКОГО (СЕМЕЙНОГО) КАПИТАЛА

Попытки преодоления недостаточности законодательного регулирования с помощью толкования гражданско-правовых и социально-обеспечительных норм предпринимаются судебными органами. Показательным в этом плане может считаться определение Верховного Суда РФ от 24 сентября 2013 г. № 82-КГ13-4 (далее — Определение № 82-КГ13-4), включенное впоследствии в Обзор судебной практики Верховного Суда РФ за третий квартал 2013 года¹⁴. Рассматривая спор о признании недействительным договора купли-продажи жилого помещения, уплата цены по которому производилась покупателем за счет средств МСК, Верховный Суд РФ пришел к выводу, что «при применении последствий недействительности сделки купли-продажи жилого помещения средства материнского капитала должны быть возвращены в Управление Пенсионного фонда, а не взысканы в пользу покупателя». Указанный вывод был сделан Судом на основе толкования положения п. 2 ст. 167 ГК РФ, которое, по мнению Судебной коллегии, подразумевает, что «последствием недействительности сделки является возврат полученного по сделке *тому лицу, от которого оно получено* (курсив мой. — О. К.), если иные последствия недействительности сделки не предусмотрены законом», во взаимосвязи с нормами Закона № 256-ФЗ о целевом назначении средств МСК.

Безусловно, предложенный в анализируемом судебном акте подход к интерпретации п. 2 ст. 167 ГК РФ выходит за рамки его буквального смысла, который предполагает обязанность *каждой из сторон* сделки возвратить *другой* все полученное по сделке, что, по всей видимости, и явилось причиной интереса к указанному Определению № 82-КГ13-4, прежде всего со стороны представителей науки гражданского права и практикующих специалистов¹⁵. В то же время последствия применения нормы в ее буквальном истолковании

¹³ Необходимо отметить, что реализация предложенного варианта возможна при наличии у органа ПФР информации о продаже предмета залога и цене сделки.

¹⁴ См.: определение Верховного Суда РФ от 24 сентября 2013 г. № 82-КГ13-4 ; Обзор судебной практики Верховного Суда РФ за третий квартал 2013 г., утв. Президиумом Верховного Суда РФ 5 февраля 2014 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2014. № 5.

¹⁵ См., например: Рыбалов А. Реституция материнского капитала по версии Верховного Суда // URL: http://zakon.ru/discussion/2014/2/7/restituciya_materinskogo_kapitala_po_versii_verhovnogo_suda (дата обращения: 24.02.2017).

к отношениям, осложненным использованием при оплате жилого помещения средств МСК, вполне очевидны и вряд ли желательны: денежные средства должны быть возвращены продавцом покупателю жилого помещения, что, в свою очередь, с учетом особенностей механизма предоставления дополнительных мер государственной поддержки повлечет неосновательное обогащение последнего и необходимость взыскания средств МСК в рамках отдельного гражданского дела.

Необходимо отметить, что гражданско-правовая конструкция обязательства из неосновательного обогащения допускает возможность предъявления (непредъявления) соответствующего требования по усмотрению потерпевшего (п. 2 ст. 1 ГК РФ), в роли которого выступает соответствующий орган ПФР — от своего имени, но в интересах государства. К этому следует добавить, что полномочия органов ПФР по взысканию средств МСК в подобных случаях, обязывающие их обладателей к совершению соответствующих действий, формально не закреплены.

Примеры использования такого похода и его последствия в виде исков органов прокуратуры о взыскании средств МСК с лица, выступавшего покупателем по признанной впоследствии недействительной сделке, встречались в судебной практике до появления анализируемой правовой позиции Верховного Суда РФ¹⁶. Таким образом, предложенный Судебной коллегией вариант толкования положений Гражданского кодекса РФ в их взаимосвязи с нормами Закона № 256-ФЗ, как представляется, можно рассматривать скорее как вынужденную меру, единственную *de lege lata* возможность обеспечить безусловный возврат средств материнского (семейного) капитала с наименьшими временными и организационными затратами.

Не умаляя значения Определения № 82-КГ13-4 для функционирования правового механизма предоставления дополнительных мер государственной поддержки семьям с детьми, нельзя не признать, что сформулированная в нем правовая позиция не способна в полной

мере компенсировать отсутствие специального законодательного регулирования. В частности, остается открытым вопрос о том, как данная правовая позиция соотносится с тем, что применение последствий недействительной сделки является субъективным правом стороны сделки, реализуемым ею своей волей и в своем интересе. Другими словами, должен ли возврат средств МСК в бюджет ПФР, который по смыслу Определения № 82-КГ13-4 может рассматриваться в качестве последствия недействительности сделки¹⁷, осуществляться независимо от воли ее сторон и предъявления соответствующего требования, или указанные последствия должны подчиняться общим правилам о недействительности сделок (ст. 166, 167 ГК РФ)? Лаконичность описательной (отсутствие сведений об основании недействительности сделки, о требованиях истца в части последствий признания сделки недействительной) и мотивировочной частей Определения № 82-КГ13-4 не позволяет дать однозначный ответ.

Имеются сомнения и по поводу возможности распространения правовой позиции, сформулированной в Определении № 82-КГ13-4, на случаи признания недействительными договоров купли-продажи жилых помещений, приобретенных покупателем полностью или частично за счет заемных средств, если погашение долга и уплата процентов по договору займа (кредитному договору) были произведены за счет средств материнского (семейного) капитала. Возврат средств МСК в бюджет ПФР на основании п. 2 ст. 167 ГК РФ в истолковании, предложенном в Определении № 82-КГ13-4 («последствием недействительности сделки является возврат полученного по сделке тому лицу, от которого оно получено...»), в данной ситуации оказывается затруднительным по той причине, что полученные продавцом жилого помещения денежные средства с правовой (но не с экономической) точки зрения предоставлены не органом ПФР, а займодавцем (кредитором) по договору займа (кредитному договору). Вместе с тем последствия буквального толкования анализируемой нормы при-

¹⁶ См., например: кассационное определение Томского областного суда от 7 февраля 2012 г. по делу № 33-346/2012; апелляционное определение Омского областного суда от 14 августа 2013 г. по делу № 33-5178/2013 // Архив Азовского районного суда Омской области. Дело № 2-358/2013.

¹⁷ Заметим, что использованная Судебной коллегией формулировка («при применении последствий недействительности сделки купли-продажи жилого помещения средства материнского капитала должны быть возвращены в Управление Пенсионного фонда») создает почву для двусмысленного ее понимания.

менительно к подобным случаям оказываются аналогичными описанным выше, что, очевидно, позволяет судам распространить на них обозначенный в Определении № 82-КГ13-4 подход¹⁸. Стоит, однако, учитывать, что сумма, уплаченная продавцу покупателем за счет заемных средств, и сумма, перечисленная органом ПФР займодавцу на основании заявления покупателя о распоряжении средствами МСК, могут различаться (прежде всего потому, что пользование заемными средствами, как правило, является платным), а значит, возврату в результате признания недействительным договора купли-продажи будет подлежать только та часть средств МСК, которая была получена продавцом.

Наконец, в закреплённую в Гражданском кодексе РФ конструкцию реституции как последствия недействительной сделки, даже с учетом нового смысла, выявленного в Определении № 82-КГ13-4, не укладываются ситуации, когда в ходе рассмотрения спора о признании договора купли-продажи жилого помещения недействительным суд устанавливает, что средства МСК фактически оказались в распоряжении не продавца жилого помещения, а иного лица (например, покупателя по договору купли-продажи жилого помещения¹⁹, займодавца по договору займа на приобретение жилья²⁰). Путаница подобного рода вызвана разнообразием схем по «обналичиванию» материнского (семейного) капитала, вовлеченностью в них большого количества действующих лиц и непредсказуемостью отношений между ними, что, впрочем, не должно влиять на правильность правовой оценки ситуации. В приведенных примерах для выводов о взыскании средств МСК с указанных лиц крайне сложно найти точку опоры в конкретных нормах Гражданского кодекса РФ, заключения выводятся скорее из общего правила о невозможности получения МСК наличными деньгами, а также из представлений судов о справедливости и из принципа процессуальной экономии.

Предпринятый нами анализ положений Гражданского кодекса РФ о последствиях недействительности сделок применительно к договорам, осложненным использованием материнского (семейного) капитала, и практики их применения судами призван продемонстрировать ограниченность потенциала гражданско-правовых средств для регулирования отношений по возврату средств МСК. Представляется, что норме о необходимости возврата средств МСК в случае признания сделки с их использованием недействительной должно быть найдено место в Законе № 256-ФЗ, который устанавливал бы специальные последствия недействительности таких сделок, что в большей степени соответствовало бы положениям п. 2 ст. 167 ГК РФ и служило бы повышению эффективности правового регулирования указанных отношений.

Справедливость утверждения о недостаточности инструментария, которым располагает гражданское законодательство, для регулирования отношений по возврату средств МСК, не менее убедительно может быть проиллюстрирована при обращении к комплексу вопросов, связанных с расторжением договора, оплата по которому производилась с использованием средств материнского (семейного) капитала.

Нормативное регулирование отношений по возврату средств МСК, направленных на получение образования ребенком (детьми) (п. 13 Правил № 926) основано на закреплённом в гражданском законодательстве (абз. 1 п. 4 ст. 453 ГК РФ) общем правиле о перспективном эффекте расторжения договора: возврату в орган ПФР подлежит лишь та часть средств МСК, перечисленных на счет образовательной организации, которая осталась неиспользованной в связи с расторжением договора. Не подвергая сомнению соответствие такого подхода существу возникающих при получении образования отношений, отметим лишь целесообразность регулирования указанного вопроса на уровне законодательного акта.

¹⁸ Доступные для ознакомления примеры использования такого подхода судами крайне немногочисленны. См., например: постановление Федерального арбитражного суда Поволжского округа от 9 июля 2014 г. по делу № А12-16920/2013; апелляционное определение Омского областного суда от 27 апреля 2016 г. по делу № 33-3433/2016 // Архив Оконешниковского районного суда Омской области. Дело № 2-2/2016 (2-599/2015).

¹⁹ См.: апелляционное определение Орловского областного суда от 30 июля 2013 г. по делу № 33-1600/2013.

²⁰ См.: апелляционное определение Омского областного суда от 17 июня 2015 г. по делу № 33-3678/2015 // Архив Таврического районного суда Омской области. Дело № 2-4/2015.

На иных началах должно строиться правовое регулирование отношений по возврату средств МСК, если речь идет о расторжении договора, имеющего целью улучшение жилищных условий. В исключение из общего правила действующее гражданское законодательство (абз. 2 п. 4 ст. 453 ГК РФ) допускает в случае нарушения принципа эквивалентности обмена возможность возврата одной или обеими сторонами того, что было получено во исполнение обязательства до его расторжения. По справедливому утверждению А. Г. Карапетова, несмотря на различие подходов к определению правовой природы требования о возврате полученного по расторгнутому договору, по российскому законодательству в силу ст. 1103 ГК РФ к нему применяются правила о возврате неосновательного обогащения²¹. Применительно к договору, заключаемому владельцем сертификата с целью улучшения жилищных условий, это означает, что в случае его расторжения денежные средства подлежат возврату указанному лицу как стороне договора. При этом правовой механизм возврата средств материнского (семейного) капитала в подобных ситуациях отличается особенностями в зависимости от способа расторжения договора (в судебном порядке или по соглашению сторон).

Один из основных вопросов при предъявлении стороной договора, оплата по которому производилась с использованием средств МСК, иска о его расторжении, состоит в том, можно ли в рамках действующего правового регулирования обеспечить возврат средств МСК в орган ПФР, не инициируя новый судебный процесс? Основание для возврата средств МСК в данном случае возникает только после вступления в законную силу решения суда о расторжении договора. С учетом отсутствия в гражданском законодательстве специальных норм, устанавливающих особенности реститу-

ции при расторжении договора, и необходимости предъявления органом ПФР отдельного иска о взыскании средств МСК ответ на поставленный вопрос должен быть отрицательным. В судебной практике тем не менее можно встретить судебные акты, которыми, наряду с удовлетворением требования о расторжении договора, разрешается вопрос о взыскании с одной из сторон договора в пользу органа ПФР средств МСК, полученных ею в качестве оплаты цены договора²². Важно отметить, что исковое требование о расторжении договора по таким делам, как правило, предъявляется продавцом жилого помещения в связи с неисполнением покупателем обязанности по уплате той части цены недвижимости, которая должна была быть уплачена им за счет собственных средств, и нередко признается ответчиком (покупателем). Решение же взыскать средства МСК в пользу органа ПФР, а не в пользу покупателя в подобных случаях, как правило, не обжалуется лицами, участвующими в деле, что объясняется, видимо, его соответствием в указанной части интересам каждого из участников процесса: лицо, распорядившееся средствами МСК (покупатель), в случае расторжения договора заинтересовано в возврате указанных средств в орган ПФР, продавец, получивший желаемое (признание за ним права собственности на жилое помещение), не возражает против взыскания с него полученных денежных средств, пусть и в пользу органа ПФР, а последний освобождается от необходимости несения дополнительных временных, организационных и материальных затрат, связанных с взысканием средств МСК в отдельном судебном процессе. Остается только сожалеть, что возврат средств МСК как последствие расторжения договора, направленного на улучшение жилищных условий, не получил закрепления в Законе № 256-ФЗ.

²¹ См.: *Карапетов А. Г.* Расторжение нарушенного договора в российском и зарубежном праве. М.: Статут, 2007.

Указанное положение применительно к интересующим нас в контексте обсуждаемых вопросов договорам купли-продажи недвижимости получило закрепление в п. 65 совместного постановления Пленума Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и иных вещных прав» (Российская газета. 2010. 21 мая), а впоследствии в виде общей нормы было включено в п. 4 ст. 453 ГК РФ.

²² См., например: решение Москаленского районного суда Омской области от 15 августа 2011 г. // Архив Москаленского районного суда Омской области. Дело № 2-486/2011; решение Любинского районного суда Омской области от 13 августа 2012 г. // Архив Любинского районного суда Омской области. Дело № 2-514/2012.

Еще большее количество вопросов — как теоретического, так и прикладного характера — возникает при расторжении договора, направленного на улучшение жилищных условий, по соглашению сторон. Так, если по условиям соглашения о расторжении договора денежные средства подлежат возвращению лицу, получившему сертификат на МСК, каким образом о факте заключения соглашения должен узнать орган ПФР?²³ В случае же, когда стороны договора, не желая отступить от смысла положений Закона № 256-ФЗ, включают в соглашение условие об обязанности получателя средств МСК вернуть их в орган ПФР, могут возникнуть затруднения иного свойства. Вправе ли орган ПФР принять денежные средства от лица, которому они были перечислены, и отразить соответствующую информацию в федеральном регистре? Может ли лицо, распорядившееся средствами МСК, в судебном порядке требовать исполнения вытекающей из соглашения обязанности по возврату средств МСК в орган ПФР? Несмотря на то что судебной практике в сфере социального обеспечения известны примеры, когда за гражданином признается право предъявления такого рода косвенных исков²⁴, едва ли такую конструкцию можно признать удачной и достойной тиражирования: собственником средств материнского (семейного) капитала выступает Российская Федерация, поэтому право требовать взыскания средств МСК в случаях, когда возникает опасность их использования не по целевому назначению, должно быть предоставлено уполномоченному государством субъекту. В качестве общего вывода следует отметить, что дополнение Закона № 256-ФЗ нормой о судьбе средств МСК в случае расторжения договора избавило бы от необходимости поиска теоретически обоснованных и практически реализуемых ответов на многие из поставленных вопросов.

Во всех иных (помимо расторжения договора и признания его недействительным) си-

туациях, когда конечная, заложенная в Закон цель предоставления дополнительных мер государственной поддержки (улучшение жилищных условий семьи) не достигается и появляется возможность использования средств МСК в противоречии с их назначением, возврат указанных средств в бюджет ПФР по действующему законодательству обеспечивается на основе имеющих универсальное значение норм Гражданского кодекса РФ об обязательствах из неосновательного обогащения, а в отдельных случаях (например, при хищении средств МСК) — и норм об обязательствах вследствие возмещения вреда.

ПРАВОВЫЕ ПОСЛЕДСТВИЯ ВОЗВРАТА СРЕДСТВ МАТЕРИНСКОГО (СЕМЕЙНОГО) КАПИТАЛА

Обсуждение проблематики, связанной с возвратом средств материнского (семейного) капитала, при использовании которых установленные законом цели государственной поддержки семей с детьми не были достигнуты, предполагает также постановку вопроса о правовых последствиях такого возврата. Могут ли средства МСК, возвращенные в бюджет ПФР, быть повторно использованы лицом, реализовавшим свое право распоряжения средствами МСК? Поскольку, как было отмечено ранее, нормами Закона № 256-ФЗ механизм возврата средств МСК не предусмотрен вовсе, его последствия также не установлены. Более того, распоряжение средствами МСК в полном объеме рассматривается законодателем в качестве основания для прекращения права на дополнительные меры государственной поддержки (ч. 7 ст. 7 Закона № 256-ФЗ).

Отсутствие законодательного регулирования породило противоположные подходы к решению данного вопроса в правоприменительной деятельности органов ПФР и судебной практике. Уже в судебных актах по спорам

²³ Сформулированное в научной литературе предложение о законодательном закреплении за органами ПФР и органами, осуществляющими государственную регистрацию прав на недвижимое имущество и сделок с ним, полномочий по информационному обмену (см.: Ахмедшина А. Н. Указ. соч. С. 106) реализовано не было, поэтому в отдельных субъектах РФ предприняты попытки восполнить этот пробел путем заключения межведомственных соглашений о сотрудничестве в указанной сфере.

²⁴ Речь идет о допустимой Верховным Судом РФ возможности предъявления застрахованным лицом исковых требований о взыскании со страхователя задолженности по страховым взносам на обязательное пенсионное страхование (см.: постановление Пленума Верховного суда РФ от 11 декабря 2012 г. № 30 «О практике рассмотрения судами дел, связанных с реализацией прав граждан на трудовые пенсии». П. 6 // Российская газета. 2012. 21 дек.).

о взыскании средств материнского (семейного) капитала, использованных в противоречии с их целевым назначением, можно встретить суждение о том, что возврат средств МСК в бюджет Пенсионного фонда РФ не лишает лицо, ранее распорядившееся средствами МСК, возможности использовать возвращенные средства повторно в порядке и на цели, установленные законом²⁵. Идея о возможности повторного распоряжения средствами МСК после их возврата, не получившая, однако, обоснования в судебных актах, предсказуемо не была поддержана органами ПФР, рассматривавшими заявления лиц, ранее использовавших свое право на дополнительные меры государственной поддержки, о повторном распоряжении средствами МСК. Отказы в удовлетворении таких заявлений обосновывались тем, что использование средств МСК в полном объеме влечет прекращение права на дополнительные меры государственной поддержки²⁶, а возможность «повторного» (после возврата ранее направленных средств) распоряжения средствами МСК законодательством не предусмотрена. Это послужило основанием для появления и распространения новой категории исков, предметом которых стало требование истцов о «восстановлении» («возобновлении») пра-

ва на дополнительные меры государственной поддержки после их возврата в бюджет ПФР. Удовлетворяя в подавляющем большинстве случаев подобные исковые требования, суды по-разному подходят к обоснованию итогового вывода²⁷. В ряду аргументов, используемых судебными органами по отдельности или в различных сочетаниях, можно выделить следующие:

- отсутствие в законе норм, запрещающих подобные последствия («возврат этих средств в федеральный бюджет на счет ответчика *не исключает* их использование истцом по предусмотренным Федеральным законом направлениям в будущем»);
- ссылка на п. 51 Регламента организации работы с делами лиц, имеющих право на дополнительные меры государственной поддержки, утвержденного Правлением ПФР и предусматривающего среди оснований для «восстановления ранее закрытого дела» лица, имеющего право на дополнительные меры государственной поддержки, возврат ранее направленных средств (части средств) МСК и получение органом ПФР решения суда о восстановлении права на дополнительные меры государственной поддержки²⁸;

²⁵ См., например: апелляционное определение Владимирского областного суда от 14 августа 2012 г. по делу № 33-2284/2012; апелляционное определение Челябинского областного суда от 19 сентября 2013 г. по делу № 11-9264/2013.

²⁶ Буквальное прочтение нормы, содержащейся в ч. 7 ст. 7 Закона № 256-ФЗ, в контексте рассматриваемого вопроса может привести к выводу о том, что если при первоначальном распоряжении средства МСК были использованы управомоченным лицом не полностью и в федеральном регистре имеется информация об оставшейся, пусть даже символической, сумме средств МСК, то решение вопроса о возможности «повторного» распоряжения средствами МСК после их возврата должно быть иным, поскольку право на дополнительные меры государственной поддержки не прекратилось. Представляется все же, что с учетом делимости объекта права на дополнительные меры государственной поддержки и возможности возврата перечисленных средств независимо от того, идет ли речь обо всей сумме МСК или только о ее части, подобная дифференциация лишена рациональных оснований.

²⁷ См., например: апелляционное определение Свердловского областного суда от 5 февраля 2014 г. по делу № 33-1724/2014; апелляционное определение Владимирского областного суда от 29 июля 2014 г. по делу № 33-2681/2014; апелляционное определение Омского областного суда от 6 августа 2014 г. по делу № 33-5019/2014 // Архив Советского районного суда г. Омска. Дело № 2-1493/14; апелляционное определение Верховного суда Карачаево-Черкесской республики от 12 ноября 2014 г. по делу № 33-1809/2014; апелляционное определение Верховного суда Республики Башкортостан от 19 мая 2015 г. по делу № 33-8092/2015; апелляционное определение Тамбовского областного суда от 13 апреля 2016 г. по делу № 33-1138/2016.

²⁸ См.: Регламент организации работы с делами лиц, имеющих право на дополнительные меры государственной поддержки / утв. Распоряжением Правления ПФР от 12 марта 2014 № 94р // Доступ из СПС «КонсультантПлюс». Примечательно, что указанный регламент, являющийся внутренним для системы органов Пенсионного фонда РФ документом и призванный регулировать вопросы организационно-технического характера (под «восстановлением дела» исходя из положения пункта 52 Регламента понима-

- возможность применения по аналогии положений п. 19 Правил № 862, предусматривающих, помимо прочего, полномочия органов ПФР по внесению сведений о возвращенном остатке средств МСК в информацию о лице, содержащуюся в федеральном регистре лиц, имеющих право на дополнительные меры государственной поддержки²⁹;
- возврат средств МСК в бюджет ПФР свидетельствует о том, что цели предоставления дополнительных мер государственной поддержки (в данном случае — улучшение жилищных условий) достигнуты не были, а соответствующее субъективное право лица, получившего государственный сертификат на МСК, не может считаться прекращенным, поскольку фактически реализовано не было.

Последний из перечисленных аргументов наиболее часто встречается в судебных постановлении и получил отражение в тематическом Обзоре судебной практики, подготовленном Верховным Судом РФ³⁰. Появление специализированного обзора судебной практики по спорам, связанным с применением Закона № 256-ФЗ, следует приветствовать, а формулирование Верховным Судом РФ правовой позиции по вопросу о правовых последствиях возврата средств МСК в бюджет ПФР, очевидно, является подтверждением того, что проблема получила достаточное распространение

в судебной практике и требует единообразного разрешения.

Вместе с тем избранный способ обоснования правовой позиции, как представляется, не лишен недостатков. Прежде всего вызывает сомнения определение момента, с которого право на дополнительные меры государственной поддержки считается реализованным: поскольку оценка соответствия избранного лицом варианта использования средств МСК производится органом ПФР при рассмотрении заявления лица о распоряжении средствами МСК и является основой для решения об удовлетворении указанного заявления, право на дополнительные меры государственной поддержки должно считаться реализованным полностью или в части с момента перечисления органом ПФР денежных средств лицу, указанному в заявлении о распоряжении средствами МСК. При таком подходе утверждение о том, что право на дополнительные меры государственной поддержки в случае возврата денежных средств в бюджет ПФР реализовано не было, по сути, представляет собой фикцию, введенную в правовое регулирование органом судебной власти. Наконец, остается неразрешенным логическое противоречие, заложенное в аргументацию итогового вывода: если соответствующее субъективное право не считается прекращенным в связи с тем, что фактически не было реализовано, почему это является основани-

ется изъятие дела из архива недействующих дел), используется судами для восполнения отсутствующих в Законе правовых норм.

²⁹ Интересно, что применительно к такому направлению распоряжения средствами МСК, как получение образования ребенком (детьми) соответствующий подзаконный нормативный акт (Правила № 926) аналогичной нормы о необходимости внесения в федеральный регистр сведений о возвращенных средствах МСК не содержит, что при формальном подходе к применению норм о праве на дополнительные меры государственной поддержки способно привести к отказу органа ПФР в удовлетворении заявления о распоряжении средствами МСК, возвращенными образовательной организацией в орган ПФР в связи с отчислением ребенка, и необходимости «восстановления» права судом (см., например, решение Ленинского районного суда г. Омска от 4 февраля 2015 г. // Архив Ленинского районного суда г. Омска. Дело № 2-480/2015). Это обстоятельство, возможно, явилось одной из причин издания Правлением ПФР распоряжения от 6 февраля 2015 г. № 47р «Об организации учета в федеральном регистре лиц, имеющих право на дополнительные меры государственной поддержки, возвращенных средств материнского (семейного) капитала» (текст распоряжения доступен в СПС «КонсультантПлюс»), предписывающего территориальным органам ПФР выносить формально не предусмотренные Законом № 256-ФЗ решения об учете возвращенных средств МСК в случаях возврата указанных средств по основаниям, предусмотренным пунктом 19 Правил № 862 и пунктом 13 Правил № 926, а также в связи с исполнением судебного решения о взыскании указанных средств.

³⁰ См.: пункт 9 Обзора судебной практики по делам, связанным с реализацией права на материнский (семейный) капитал / утв. Президиумом Верховного Суда РФ 22 июня 2016 г. // Нотариальный вестник. 2016. № 9 (далее также — Обзор).

ем для удовлетворения исковых требований о его «восстановлении»?

К сожалению, применительно к обсуждаемой проблематике Верховный Суд РФ при подготовке Обзора ограничился лишь формулированием правовой позиции о принципиальной возможности повторного распоряжения средствами МСК в случае их возврата в бюджет ПФР, а целый ряд вопросов, из нее вытекающих, остался за рамками Обзора. Эти вопросы требуют осмысления и нахождения оптимальных решений *de lege ferenda*, а в их отсутствие — в правоприменительной практике. К их числу можно отнести, в частности, следующие: с какого момента у лица, ранее распорядившегося средствами МСК, возникает право повторного распоряжения, если денежные средства возвращаются частями с большими перерывами во времени? Возможны ли ситуации, когда «восстановление» права на дополнительные меры государственной поддержки будет осуществлено без фактического возврата денежных средств (судебное решение о взыскании средств в бюджет ПФР вступило в законную силу, но по каким-либо причинам не исполнено)? И если с обоснованием ответа на первый вопрос серьезных затруднений с учетом отмеченной делимости объекта права на материнский (семейный) капитал, по всей видимости, возникать не должно, то ответ на второй выглядит не столь однозначным³¹. Постановка второго вопроса вызвана тем обстоятельством, что обязанность по возврату перечисленных органом ПФР средств МСК может быть возложена судом в зависимости от обстоятельств конкретного дела как на лицо, распорядившееся средствами МСК (применительно к этому варианту «увязывание» возможности повторно распорядиться средствами МСК с фактом возврата де-

нежных средств видится вполне оправданным), так и на другое лицо. В последнем случае возможность «восстановления» права на дополнительные меры государственной поддержки ставится в зависимость от обстоятельств, находящихся вне сферы контроля лица, получившего государственный сертификат, даже в ситуациях, когда добросовестность лица при «первичном» распоряжении средствами МСК не подвергается сомнению. Так, фактический возврат средств МСК на основании состоявшегося судебного акта о взыскании указанных средств может быть блокирован банкротством контрагента (например, застройщика по договору участия в долевом строительстве), смертью должника — продавца по договору купли-продажи жилого помещения, окончанием исполнительного производства в связи с отсутствием у должника имущества, на которое может быть обращено взыскание, и т.п.

В процессе поиска решения может возникнуть соблазн прибегнуть к имеющимся в отечественной правовой системе примерам, когда возможность реализации права, основанного на поступлении денежных средств в бюджет, допускается и при отсутствии такового. Имеется в виду возможность реализации права на получение страхового обеспечения по обязательному пенсионному страхованию исходя из начисленных, но фактически не уплаченных страхователем страховых взносов³². Однако, несмотря на отдельные, внешние черты сходства (зависимость реализации права от действий третьих лиц, несовершенство правового механизма исполнения судебных актов и др.³³), решение проблем реализации права на дополнительные меры государственной поддержки и права на страховое обеспечение по обязательному пенсионному страхованию, разуме-

³¹ Противоположные подходы к его решению встречаются и в судебной практике. См., например: апелляционное определение Новосибирского областного суда от 2 июня 2016 г. по делу № 33-5241/2016, отмененное впоследствии постановлением президиума Новосибирского областного суда от 11 ноября 2016 г. № 4-Г-103.

³² См.: постановление Конституционного Суда РФ от 10 июля 2007 г. № 9-П по делу о проверке конституционности пункта 1 статьи 10 и пункта 2 статьи 13 Федерального закона «О трудовых пенсиях в Российской Федерации» и абзаца третьего пункта 7 Правил учета страховых взносов, включаемых в расчетный пенсионный капитал, в связи с запросами Верховного Суда Российской Федерации и Учалинского районного суда Республики Башкортостан и жалобами граждан А. В. Докукина, А. С. Муратова и Т. В. Шестаковой // Вестник Конституционного Суда РФ. 2007. № 4.

³³ Подробнее о возможных мотивах, в силу которых риск непоступления денежных средств (страховых взносов) в бюджет Пенсионного фонда РФ был возложен на государство, см.: Курченко О. С. Субсидиарная ответственность государства в обязательном пенсионном страховании // Известия вузов. Правоведение. 2010. № 2. С. 86.

ется, не может быть одинаковым. Экстраполяция правовой позиции Конституционного Суда РФ на отношения, связанные с реализацией права на материнский (семейный) капитал, невозможна в первую очередь по причине очевидных существенных различий в правовой природе названных субъективных прав: право на дополнительные меры государственной поддержки в связи с рождением детей, в отличие от права на пенсионное обеспечение, не является конституционным, введение и установление условий предоставления таких мер государственной поддержки — прерогатива законодателя³⁴, источником их финансирования выступают средства федерального бюджета и др. Кроме того, убедительные правовые основания возложения на государство, предоставляющее такие дополнительные меры поддержки, риска фактического неисполнения решения суда, как представляется, отсутствуют: механизм реализации права на материнский (семейный) капитал, как было показано выше применительно к двум основным направлениям его использования, встроен в гражданско-правовые обязательства, сопряженные с возникновением дополнительных рисков, которые связаны с выбором контрагента в обязательстве, оценкой возможности исполнения им своих обязательств и т.п. и которые по своему характеру находятся в исключительной сфере ответственности лица, выбирающего тот или иной вариант распоряжения средствами МСК.

Допущенная выше оговорка о добросовестности лица при «первичном» распоряжении средствами МСК сделана с целью обозначить еще один аспект «восстановления» права на дополнительные меры государственной поддержки. На фоне молчания законодателя по вопросам об основаниях и о порядке возврата средств МСК, о возможности «восстановления» права на дополнительные меры государственной поддержки суды — если делать выводы на основании доступных для ознакомления судебных актов — удовлетворяют иски о восстановлении (возобновлении) соответствующего права независимо от того, что послужило основа-

нием для возврата перечисленных органом ПФР средств МСК. В ряде судебных постановлений из описания обстоятельств возврата средств МСК усматриваются очевидные нарушения, допущенные владельцем сертификата при первоначальном распоряжении: использование средств МСК не по целевому назначению в результате расторжения договора, в счет исполнения обязательств по которому были перечислены средства МСК, направление средств МСК на приобретение фактически отсутствовавшего на момент заключения сделки жилого помещения, отчуждение жилого помещения, приобретенного с использованием средств МСК, без исполнения обязательства, и т.д.

В рамках действующего регулирования реализации права на материнский (семейный) капитал добросовестность управомоченного лица не имеет самостоятельного значения. Должна ли правовая система оставаться индифферентной к этому аспекту правореализации и ограничиваться только правовосстановительной санкцией в виде возложения обязанности по возврату средств МСК, использованных не по назначению? В ходе совершенствования правового механизма предоставления дополнительных мер государственной поддержки в части допущения возможности повторного (после возврата средств в бюджет ПФР) распоряжения средствами МСК добросовестность управомоченного лица при первоначальной реализации права могла бы стать критерием дифференциации правового регулирования данной группы общественных отношений. При таком подходе «восстановление» права на материнский (семейный) капитал признавалось бы возможным при отсутствии недобросовестности управомоченного лица, а диапазон санкций, которые могли бы использоваться законодателем по отношению к лицам, умышленно отступившим от требований закона при реализации субъективного права, достаточно широк: от исключения возможности «восстановления» права в принципе до разного рода ограничений при повторном распоряжении средствами МСК³⁵.

Частным случаем проблемы недобросовестности при реализации права на дополнитель-

³⁴ См. об этом, например: определение Конституционного Суда РФ от 3 марта 2015 г. № 431-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Горбачевой Натальи Борисовны на нарушение ее конституционных прав пунктом 3 части 1.3 статьи 10 Федерального закона «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей» и абзацем четвертым пункта 10 (4) Правил направления средств (части средств) материнского (семейного) капитала на улучшение жилищных условий.

³⁵ В ряду таких потенциально допустимых правоограничений можно назвать установление необходимости согласовывать избранный вариант реализации права с органом опеки и попечительства по анало-

ные меры государственной поддержки и оценки возможности его «восстановления» может считаться хищение средств МСК при распоряжении ими, квалифицируемое как мошенничество. Как показывает судебно-следственная практика, вариативность способов хищения средств МСК, к сожалению, весьма велика³⁶. В контексте рассматриваемой проблематики случаи мошенничества с использованием средств МСК можно разделить на две группы: 1) совершаемые лицом, получившим государственный сертификат на МСК³⁷; 2) совершаемые иными лицами. В первом случае хищение представляет собой пример явной недобросовестности лица, допущенной при первоначальном распоряжении средствами МСК, что должно влечь наступление последствий, предложенных выше. Применительно ко второй группе хищений ситуация выглядит гораздо более сложной. Все большее распространение получают случаи уголовного преследования с вынесением обвинительных приговоров в отношении руководителей и работников организаций, предоставляющих заемные средства для приобретения жилья, риелторов и т.д. По таким делам, зачастую состоящим из нескольких десятков эпизодов «обналичивания» материнского (семейного) капитала, похищенного указанными лицами, по каждому эпизоду признается вся сумма средств МСК, перечисленная на счет организации-займодавца, несмотря на то что часть средств была передана лицу, получившему государственный сертификат на МСК. В результате владельцы сертификатов в уголовном судопроизводстве выступают в качестве свидетелей, а суммы средств материнского (семейного) капитала в виде ущерба взыскиваются с организаторов преступных схем.

Обсуждение вопросов уголовно-правовой квалификации хищений средств МСК не входит

в число задач настоящей статьи. Более того, ни юридической науке, ни судебно-следственной практике пока не удалось выработать единые подходы к определению субъекта преступления, предусмотренного ст. 159.2 Уголовного кодекса РФ, если объектом посягательства являются отношения по предоставлению материнского (семейного) капитала, к уголовно-правовой оценке роли владельца сертификата в реализации схемы по «обналичиванию» средств МСК и т.д. Несмотря на это, особого внимания заслуживают вопросы, связанные с вынесением судом решения о взыскании средств МСК с организаторов преступных схем. Могут ли лица, получившие государственные сертификаты на МСК и принявшие участие в противоправной схеме по «обналичиванию» средств МСК, повторно распорядиться средствами МСК, если решение о взыскании будет исполнено? Даже учитывая различия в степени возможного участия лиц, имеющих право на дополнительные меры государственной поддержки, в таких преступных схемах, нельзя не согласиться с высказанным в литературе мнением о том, что совершение хищения средств МСК без привлечения этих граждан весьма затруднительно³⁸. Другими словами, независимо от уголовно-правовой оценки поведения лиц, получивших государственные сертификаты на МСК, при распоряжении средствами МСК, их действия должны рассматриваться с точки зрения добросовестности при реализации ими права на дополнительные меры государственной поддержки, которая, как отмечалось выше, вполне может использоваться в качестве основания для дифференциации правового регулирования отношений по «восстановлению» права на материнский (семейный) капитал.

В заключение следует подчеркнуть, что установление факта недобросовестности управо-

гии с тем, как это сделано в ч. 2 ст. 7 Закона № 256-ФЗ, что, однако, едва ли стало бы эффективным средством противодействия повторным злоупотреблениям, поскольку отказ органа опеки дать согласие на тот или иной вариант распоряжения средствами МСК не может быть произвольным и основанным на предположении, или установление срока, до истечения которого повторное распоряжение не допускалось бы (например, не ранее трех лет со дня возврата средств МСК в бюджет ПФР в полном объеме).

³⁶ См. об этом, например: *Майорова Е. И.* Типичные способы хищения средств материнского капитала (уголовно-правовой аспект) // *Российский следователь*. 2015. № 5. С. 19—22.

³⁷ За пределами предмета обсуждения по понятным причинам остаются случаи хищения средств МСК, совершаемые при отсутствии у лица, получившего государственный сертификат на МСК, права на дополнительные меры государственной поддержки семей с детьми (например, хищения средств МСК, совершаемые посредством предоставления поддельного свидетельства о рождении ребенка).

³⁸ См.: *Архипов А. В.* Квалификация хищений средств материнского (семейного) капитала, совершенных сотрудниками кредитных кооперативов, микрофинансовых и иных организаций // *Судья*. 2015. № 6.

моченного лица при распоряжении средствами материнского (семейного) капитала, если предложенный подход будет в той или иной форме воспринят законодателем, должно осуществляться в судебном порядке на основе анализа и оценки обстоятельств каждого отдельного случая.

ВЫВОДЫ

Особенности правового механизма предоставления дополнительных мер государственной поддержки семьям с детьми требуют дополнения его регулятивной части нормами, устанавливающими основания, порядок и последствия возврата в бюджет ПФР средств материнского (семейного) капитала после реализации управомоченным лицом права на распоряжение указанными средствами. Анализ практики разрешения судами споров, связанных с возвратом средств МСК в бюджет ПФР, показывает, что отсутствие соответствующих правовых норм в Законе № 256-ФЗ не может быть в достаточной степени компенсировано применением к указанным отношениям положений гражданского законодательства. Необходимость обеспечения эффективного взаимодействия гражданско-правовых и социально-обеспечительных норм

в данной сфере не исключает, а, напротив, предполагает закрепление соответствующих правил именно в Законе № 256-ФЗ.

В законодательном решении нуждается и вопрос о возможности повторного распоряжения средствами МСК. Артикулированная судебной практикой, он требует законодательной регламентации, охватывающей условия «восстановления» права, к числу которых следует отнести в первую очередь возврат средств МСК в орган ПФР, правила учета и отражения в федеральном регистре лиц, имеющих право на дополнительные меры государственной поддержки, информации о возвращенных средствах МСК. Правовые последствия возврата средств МСК в бюджет ПФР должны быть дифференцированы законодателем в зависимости от добросовестности (недобросовестности) лица при первоначальном распоряжении средствами МСК, повлекшем их возврат в бюджет ПФР. Промедление с введением нормативного регулирования не только усиливает правовую неопределенность и делает возможным «восстановление» права на дополнительные меры государственной поддержки исключительно посредством обращения в суд, но в условиях отсутствия единообразной судебной практики может привести к неожиданным и нежелательным последствиям.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Архипов А. В.* Квалификация хищений средств материнского (семейного) капитала, совершенных сотрудниками кредитных кооперативов, микрофинансовых и иных организаций // Судья. — 2015. — № 6. — С. 60—64.
2. *Ахмедшина А. Н.* Право на материнский (семейный) капитал в системе мер социального обеспечения // Журнал российского права. — 2009. — № 1. — С. 99—107.
3. *Гусева Т. С.* Материнский (семейный) капитал: пути повышения эффективности правового регулирования // Семейное и жилищное право. — 2012. — № 6. — С. 7—10.
4. *Карапетов А. Г.* Расторжение нарушенного договора в российском и зарубежном праве. — М.: Статут, 2007. — 876 с.
5. *Корсаненкова Ю. Б.* Некоторые проблемы правового регулирования предоставления материнского капитала // Современное состояние законодательства и науки трудового права и права социального обеспечения: материалы 6-й Международной научно-практической конференции / под ред. К. Н. Гусова. — М., 2010. — С. 578—584.
6. *Курченко О. С.* Субсидиарная ответственность государства в обязательном пенсионном страховании // Известия вузов. Правоведение. — 2010. — № 2. — С. 81—91.
7. *Лунина Е. В.* Комментарий к Федеральному закону «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей» (постатейный) // Подготовлен для СПС «КонсультантПлюс», 2007.
8. *Майорова Е. И.* Типичные способы хищения средств материнского капитала (уголовно-правовой аспект) // Российский следователь. — 2015. — № 5. — С. 19—22.

Материал поступил в редакцию 7 марта 2017 г.

RETURN OF MATERNITY (FAMILY) CAPITAL TO THE BUDGET OF THE RUSSIAN PENSION FUND: GROUNDS, ORDER, LEGAL EFFECTS

KURCHENKO Oleg Sergeevich — PhD in Law, Lecturer of the Dostoevsky Omsk State University
olegpost2001@mail.ru
644065, Russia, Omsk, ul. 50 let Profsoyuzov, d 100/1

Abstract. *The article proves the necessity of consolidating in the Federal Law “On Additional Measures of State Support for Families with Children” the grounds, order and legal consequences of the return of maternity (capital) funds to the budget of the Pension Fund of the Russian Federation after the authorized person has exercised the right to dispose of them. The need for such regulation arises when the contract aimed at improving living conditions is declared null and void, terminated and in other cases when the warranted person has the opportunity to use maternal (capital) funds for purposes other than prescribed by the law. In the absence of appropriate norms in the legislation on social security, the return of maternal (family) capital in such situations is ensured by the application of civil law norms with due regard to the peculiarities of maternal (family) capital as a form of social security. At the same time, the potential capacity of civil law rules applied to regulate such relations is limited. The return of maternity capital to the budget of the RF Pension Fund inevitably raises the issue concerning the possibility of re-disposing the funds. Based on the analysis of judicial decisions in cases of “restoring” the right to additional measures of state support, the author comes to a conclusion that the legislative regulation of terms and order for re-implementation of the right in question is needed. “Restoration” of the right to maternity (family) capital should be permitted only after the funds have been returned to the budget. The legal consequences of such a return should be differentiated by the law-maker depending on whether the authorized person acted in good faith disposing of the maternity (family) capital funds. Unfair use of the right to additional measures of state support should be taken into account when the law-maker determines the possibility of re-implementation or application of additional conditions for this.*

Keywords: *maternity (family) capital, maternity capital funds, social security legislation, government support measures, return of the funds to the budget, re-disposing, family support, state support, good faith.*

REFERENCES

1. Arkhipov A.V. Kvalifikatsiya khishcheniy sredstv materinskogo semeynogo kapitala sovershennykh sotrudnikami kreditnykh kooperativov mikrofinansovykh i inykh organizatsiy [Qualification of theft of maternal (family) funds committed by employees of credit cooperatives, microfinance and other organizations]. *Sudya [The Judge]*. 2015. No. 6. P. 60—64.
2. Akhmedshina A.N. Pravo na materinskiy semeynyy kapital v sisteme mer sotsialnogo obespecheniya [The right to maternal (family) capital in the system of social security measures]. *Zhurnal rossiyskogo prava [Journal of Russian Law]*. 2009. No. 1. P. 99—107.
3. Guseva T.S. Materinskiy (semeynyy) kapital: puti povysheniya effektivnosti pravovogo regulirovaniya [Maternal (Family) Capital: Ways to improve the effectiveness of legal regulation]. *Semeynoe i zhilishchnoe pravo [Family and Housing Law]*. 2012. No. 6. P. 7—10.
4. Karapetov A.G. Termination of the breached contract under Russian and Foreign Law. Moscow: Statut Publ., 2007. 876 p.
5. Korsanenkova Yu. B. Nekotorye problemy pravovogo regulirovaniya predostavleniya materinskogo kapitala [Some problems of the legal regulation of granting the maternity capital]. *Sovremennoe sostoyanie zakonodatelstva i nauki trudovogo prava i prava sotsialnogo obespecheniya [Current state of affairs in legislation and the science of labor law and social security law]*. Proceedings of the VI International Scientific and Practical Conference. Ed. by K.N. Gusov. Moscow, 2010. P. 578—584.
6. Kurchenko O. S. Subsidiarnaya otvetstvennost gosudarstva v obyazatelnom pensionnom strakhovanii [Subsidiary responsibility of the state in compulsory pension insurance]. *Izvestiya vuzov. Pravovedenie*. 2010. No. 2. P. 81—91.



7. Lunina E.V. Kommentariy k federalnomu zakonu «o dopolnitelnykh merakh gosudarstvennoy podderzhki semey imeyushchikh detey» postateynnyy [Commentary on the Federal Law “On Additional Measures for State Support for Families with Children” (itemized)]. Prepared for the “ConsultantPlus” System, 2007.
8. Mayorova E.I. Tipichnye sposoby khishcheniya sredstv materinskogo kapitala (ugolovnopravovoy aspekt) [Typical means of stealing of means of maternity capital (criminal law aspect)]. *Rossiyskiy sledovatel [The Russian investigator]*. 2015. No. 5. P. 19—22.

ВОПРОСЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЙ КОНСТРУКЦИИ И ОСОБЕННОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ НА ПРАКТИКЕ СТАТЬИ 314.1 УГОЛОВНОГО КОДЕКСА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Аннотация. Статья посвящена изучению проблем применения нормы уголовного закона, предусматривающей ответственность за уклонение от административного надзора. Проведен анализ законодательной конструкции ст. 314.1 УК РФ, выявлены недостатки, связанные с различным толкованием термина «сопряженность» применительно к данной статье. Проанализированы разъяснения Пленума Верховного Суда РФ по вопросам применения нормы об ответственности за уклонение от административного надзора. Продемонстрированы проблемы, возникающие в процессе реализации деятельности по административному надзору и установлению в действиях поднадзорных лиц признаков преступления, предусмотренного ст. 314.1 УК РФ. В частности, поставлены вопросы, связанные с необходимостью нахождения поднадзорного лица по месту жительства или месту пребывания, в связи с чем акцентировано внимание на возможности трудоустройства поднадзорного в ином населенном пункте. На примере Иркутской области проанализированы данные о трудоустройстве поднадзорных лиц. Раскрыто содержание такого оценочного признака, как уважительные причины. Определены критерии «самовольности» оставления поднадзорным места жительства или места пребывания. Отдельное внимание уделено субъективной стороне, в которой обязательным признаком выступает цель уклонения. Исследованы особенности судебной практики применения нормы об ответственности за уклонение от административного надзора. Выработаны рекомендации по совершенствованию законодательства в данной сфере, предложена авторская редакция статьи. Предложены разъяснения, касающиеся толкования таких терминов, как неоднократность, многократность, злостность, сопряженность. Затронуты вопросы ограничения административного надзора как меры постепенитенциарного воздействия от такого вида наказания, как ограничение свободы. Приведены аргументы в пользу равноправного существования двух указанных институтов. Опровергнута позиция о двойном вменении в случае постановки лица, отбывшего наказание, под административный надзор. Обращено внимание на время, с которого поднадзорное лицо считается совершившим то или иное административное правонарушение. Изучены особенности квалификации уклонения от административного надзора как преступления преюдициального характера. Выработаны рекомендации по применению исследуемой нормы, в том числе в авторской редакции.

Ключевые слова: административный надзор, неоднократность, многократность, злостность, сопряженность, ограничение свободы, административная преюдиция, цель уклонения, уважительные причины, установленные судом ограничения.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.140.7.072-081

© Бархатова Е. Н., 2018

* Бархатова Екатерина Николаевна, кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права и криминологии Восточно-Сибирского института МВД России
Solncevelvet@rambler.ru
664047, Россия, г. Иркутск, ул. Лермонтова, д. 110

Проблема предупреждения рецидивной преступности, в частности преступлений, совершаемых лицами, состоящими под административным надзором, остается актуальной в связи с отсутствием надлежащих условий для ресоциализации, а также наличием субъективных факторов, имеющих решающее значение для избрания гражданином преступного пути.

В данном аспекте интерес представляет профилактирующая составляющая реализации уголовной ответственности за уклонение от административного надзора.

Статья 2 Федерального закона от 6 апреля 2011 г. № 64-ФЗ «Об административном надзоре за лицами, освобожденными из мест лишения свободы»¹ провозглашает основной задачей названного института предупреждение совершения лицами, состоящими под надзором, преступлений и других правонарушений, оказание на них индивидуального профилактического воздействия.

Для обеспечения выполнения этой задачи наряду с воспитательными мерами и оказанием помощи лицам, отбывшим наказание и поставленным под административный надзор, государство применяет и карательные меры.

Так, УК РФ в ст. 314.1 предусматривает ответственность за уклонение от административного надзора. Диспозиция данной статьи состоит из многочисленных условий. И для того, чтобы привлечь лицо к ответственности за уклонение от административного надзора, необходимо наличие одного из следующих фактов:

- неприбытие лица без уважительных причин к избранному месту жительства или месту пребывания в определенной администрацией исправительного учреждения срок;
- самовольное оставление поднадзорным места жительства или места пребывания в целях уклонения от административного надзора;
- неоднократное несоблюдение поднадзорным административных ограничений, установленных судом, сопряженное с совершением административного правонарушения против порядка управления, за исключением правонарушения, предусмотренного ст. 19.24 КоАП РФ, либо административного правонарушения, посягающего на один из объектов (общественный порядок и общественную безопасность,

здоровье, санитарно-эпидемиологическое благополучие населения и общественную нравственность).

Как можно заметить, каждое деяние, образующее состав преступления, предусмотренного ст. 314.1 УК РФ, содержит в себе еще ряд условий, в которых необходимо ориентироваться при расследовании подобных дел и привлечении к ответственности виновных лиц.

Относительно первой части ст. 314.1 УК РФ и первого факта — неприбытия лица — необходимо соблюдение четырех условий: отсутствие уважительных причин, наличие избранного места жительства или места пребывания, определенный администрацией исправительного учреждения срок, наличие цели уклонения.

Место жительства или пребывания в соответствии с ч. 6 ст. 173.1 УИК РФ указывается в предписании администрации исправительного учреждения. Однако, как показывает практика, далеко не всегда лица, подлежащие постановке под административный надзор, прибывают к избранному месту жительства или пребывания в срок, а в ряде случаев не прибывают вовсе. Так, в качестве места жительства или пребывания лицом может быть избрано место жительства родителей. Последние между тем продали указанное место (квартиру, дом) и переехали, не сообщив нового адреса. Лицо, подлежащее постановке под административный надзор, будучи уверенным в наличии избранного места жительства, прибывает по указанному в предписании адресу, но оказывается фактически бездомным. Таким образом, фактически лицо не прибыло по месту жительства. Разумеется, отсутствие места жительства или пребывания не освобождает лицо от обязанности явиться в соответствующий орган внутренних дел для постановки под надзор, но в данном случае возникает проблема иного характера: все дальнейшие действия по осуществлению административного надзора уполномоченное должностное лицо органа внутренних дел в соответствии с приказом МВД России от 8 июля 2011 г. № 818 «О порядке осуществления административного надзора за лицами, освобожденными из мест лишения свободы»² проводит, исходя из определенного места жительства или места пребывания. В случае отсутствия такового неясно, каким образом осуществлять административный надзор

¹ СЗ РФ. 2011. № 15. Ст. 2037.

² Российская газета. 2011. 26 авг. № 189.

за лицом до момента его обеспечения местом жительства и пребывания и где освобожденное лицо должно находиться до этого момента. Кроме того, отсутствие места жительства или пребывания и малограмотность лица могут привести к тому, что оно не явится в орган внутренних дел для постановки под надзор не с целью уклониться от такового, а лишь ввиду недопонимания сложившейся ситуации. Согласно диспозиции ч. 1 ст. 314.1 УК РФ в таком случае лицо не подлежит уголовной ответственности ввиду отсутствия цели. Пленум Верховного Суда РФ в постановлении от 24 мая 2016 г. № 21 «О судебной практике по делам о преступлениях, предусмотренных статьей 314.1 Уголовного кодекса Российской Федерации»³ разъясняет, что на наличие такой цели могут указывать фактические обстоятельства, свидетельствующие в каждом конкретном случае о намерении соответствующего лица избежать контроля со стороны органов внутренних дел. То есть решающее значение приобретает субъективная сторона преступления, обусловленная целью, на наличие которой могут указывать объективные факторы (а могут и не указывать). В последнем случае привлечение лица к уголовной ответственности по ст. 314.1 УК РФ даже при наличии цели становится весьма проблематичным.

Кроме того, в диспозиции ст. 314.1 УК РФ присутствует указание еще на один оценочный признак — уважительные причины, под которыми можно понимать достаточно широкий спектр событий.

Пленум Верховного Суда РФ не разъясняет конкретно, что же следует признавать уважительными причинами, а лишь приводит пример — чрезвычайная ситуация природного или техногенного характера, временное отсутствие транспортного сообщения, тяжелая болезнь лица. Представляется, что однозначно к уважительным причинам следует отнести все события, препятствующие своевременному прибытию лица и подтвержденные соответствующими документами. Что же касается остальных событий, то оценочный характер категории «уважительные причины» заставляет правоприменителя основательно подумать, чтобы не ошибиться с оценкой содеянного. Даже тяжелая болезнь в качестве уважительной причины порождает вопросы относительно степени тяжести. Какова

должна быть степень тяжести болезни, чтобы явиться причиной неявки?

Практика применения ст. 314.1 УК РФ демонстрирует, что мнения правоприменителей относительно уважительных причин неприбытия лица расходятся. Так, изучение уголовных дел показало, что наличие у лица цели уклонения от административного надзора и отсутствие уважительных причин неприбытия к месту жительства (пребывания) или самовольного его оставления устанавливались в ходе дознания (следствия) путем допроса самого лица, его родственников, соседей, участковых уполномоченных полиции.

По уголовным делам, рассмотренным в общем порядке, суды при наличии соответствующих доводов мотивировали выводы об отсутствии у лица уважительных причин:

- уголовное дело в отношении А. (Ленинский районный суд г. Иваново, приговор от 25 февраля 2013 г.): суд, проверив доводы А. о его обращении за медицинской помощью и непригодности квартиры к проживанию, пришел к выводу, что обращение за медицинской помощью имело место в иной период, ничто не препятствовало А. прибыть по указанному в предписании адресу, сообщить о прибытии в отдел полиции и известить о невозможности проживания в квартире, получить разрешение на пребывание на иной территории;
- уголовное дело в отношении К. (Ленинский районный суд г. Иваново, приговор от 31 марта 2014 г.): суд отверг доводы подсудимого о том, что в квартире были сменены замки, указав, что это обстоятельство имело место после того, как К. длительно не проживал в квартире, таким образом, уважительные причины оставления им места жительства отсутствовали;
- уголовное дело в отношении Х. (Фурмановский городской суд Ивановской области, приговор от 4 февраля 2014 г.): суд не признал уважительной причиной то, что дом по избранному Х. месту жительства является непригодным для проживания, при этом пришел к выводу, что Х., желая уклониться от административного надзора, указал адрес, по которому изначально не мог и не имел права проживать⁴.

³ Российская газета. 2016. 1 июня. № 6985.

⁴ Практика рассмотрения уголовных дел о преступлениях, предусмотренных ст. 314.1 УК РФ // URL: http://www.oblsud.ivanovo.ru/view.php?fn=content/suddoc/sudpraktika/u2015_1 (дата обращения: 01.02.2017).

В связи с изложенным следует сделать вывод о том, что, независимо от наличия у лица, подлежащего постановке под административный надзор, соответствующего места жительства или места пребывания, а также независимо от наличия уважительных причин неприбытия в срок, решающее значение все же имеет субъективная сторона — цель уклонения. Вместе с тем установление субъективной стороны, как известно, требует тщательного выяснения объективных признаков. Таковыми в нашем случае и будут выступать так называемые уважительные причины. Именно их отсутствие объективно сможет подтвердить цель уклонения. Что касается перечня подобных причин, то, разумеется, он не может быть исчерпывающим. Однако полагаем, что в спорных вопросах при оценке действий лиц судам необходимо руководствоваться сложившейся судебной практикой.

Следующее альтернативное действие, указанное в диспозиции ст. 314.1 УК РФ, — самовольное оставление поднадзорным места жительства или места пребывания в целях уклонения от административного надзора. В данном случае обязательно выполнение двух условий: самовольного оставления соответствующего места и наличие цели уклонения.

Казалось бы, все довольно просто и никаких спорных вопросов возникать не должно. Однако проблемные моменты все же имеют место. И снова вопрос в обнаружении цели. Кроме того, признак самовольности тоже может проявиться не сразу. Оставление места жительства или места пребывания возможно и по законным основаниям, по согласованию с инспектором по административному надзору. Так, в вышеупомянутом постановлении Пленума Верховного Суда РФ указано, что под самовольным оставлением поднадзорным лицом места жительства или пребывания следует понимать его непроживание (непребывание) по месту жительства или пребывания и (или) его выезд за установленные судом пределы территории без разрешения органа внутренних дел, выданного в соответствии с ч. 3 ст. 12 Федерального закона «Об административном надзоре за лицами, освобожденными из мест лишения свободы», совершенные с предусмотренной ч. 1 ст. 314.1 УК РФ целью. В свою очередь, ч. 3 ст. 12 названного Федерального закона гласит, что орган внутренних дел вправе дать разрешение поднадзорному лицу на пребывание вне жилого помещения,

являющегося для данного лица местом жительства или пребывания, только при наличии исключительных личных обстоятельств, к которым относятся:

- смерть или угрожающая жизни тяжелая болезнь близкого родственника;
- необходимость получения поднадзорным лицом медицинской помощи, а также прохождения лечения в учреждениях органов здравоохранения, если эти помощь и лечение не могут быть получены по месту жительства или пребывания поднадзорного лица либо в установленных судом пределах территории;
- невозможность дальнейшего проживания поднадзорного лица по месту жительства или пребывания в связи со стихийным бедствием или иными чрезвычайными обстоятельствами;
- прохождение поднадзорным лицом обучения за установленными судом пределами территории;
- необходимость прохождения вступительных испытаний при приеме в образовательную организацию;
- необходимость решения вопросов трудоустройства.

Следует отметить, что, если обстоятельство в виде прохождения обучения предполагает убытие лица на длительный срок (период обучения), то при трудоустройстве такое убытие возможно только на время решения отдельных вопросов. Предполагается, что трудоустроиться поднадзорный должен все же в пределах обозначенной судом территории. При этом значительная доля поднадзорных лиц проживает на территориях, характеризующихся неблагоприятной обстановкой на рынке труда. Большинство жителей таких территорий работают «вахтовым методом», предполагающим длительное отсутствие гражданина по месту жительства (в среднем в течение шести месяцев). Большинство бригад, осуществляющих свою трудовую деятельность подобным образом, убывают в труднодоступные местности, где нередко отсутствует какая-либо связь, ввиду чего у поднадзорного нет возможности связаться с курирующим его инспектором и сообщить о своем местонахождении и неукоснительном соблюдении возложенных на него ограничений. Разумеется, самым простым выходом из подобной ситуации было бы запрещение поднадзорному осуществлять подобную трудовую деятельность. Но, повторюсь,

большинство таких лиц проживает на «проблемных» территориях.

Ситуация, когда поднадзорный добросовестно проживает в предписанном месте, исполняет все возложенные на него обязанности и соблюдает ограничения и запреты, но при этом не трудоустраивается, также представляется неприемлемой, поскольку в подобном случае не достигаются цели его ресоциализации.

Попробуем продемонстрировать на примере. Так, по официальным данным Министерства труда и занятости Иркутской области в г. Тулуне численностью примерно 42 тыс. чел. уровень безработицы составил 3,08 % (544 чел.), что выше, чем в среднем по Иркутской области (1,1 %) и по России (1,1 %) ⁵. При этом число лиц, состоящих под административным надзором, в г. Тулуне ежегодно составляет в среднем 50 чел. ⁶ Учитывая, что работодатели отдают предпочтение несудимым гражданам, а в отдельных сферах деятельности (например, в образовании) вообще не допускается привлечение к работе лиц, имеющих судимость, шансы поднадзорных лиц на успешную ресоциализацию резко сокращаются, что побуждает их либо совершать новые преступления, либо устраиваться на работу в иных местностях.

Решить проблему с помощью переезда поднадзорного для проживания по месту работы и, соответственно, постановления его на учет в соответствующем органе внутренних дел тоже бывает проблематично, поскольку работа чаще всего сезонная, а во время отпуска поднадзорный вынужден где-то проживать. Логично, что он возвращается домой. Постоянное же перенаправление материалов дела административного надзора не представляется оптимальным выходом из ситуации.

Решением могло бы выступить направление в территориальный орган по месту работы поднадзорного информации-указания о том, что на территорию обслуживания прибыл поднадзорный, с перечислением установленных в отношении него ограничений и с указанием срока пребывания, а также уведомление работодателя о том, что принятое им на работу лицо состоит под административным надзором, и обязанность работодателя сообщать в орган внутренних дел по месту работы поднадзорного обо всех чрезвычайных происше-

ствиях с поднадзорным и о фактах нарушения им запретов и ограничений.

Вместе с тем представляется необходимым прежде всего внести изменения в Федеральный закон «Об административном надзоре за лицами, освобожденными из мест лишения свободы», изложив пп. «г» п. 6 ч. 3 ст. 12 в следующей редакции: «заключение трудового договора и осуществление в соответствии с ним трудовой деятельности».

В случае одобрения предложенного варианта будут устранены и сомнения в наличии умысла у лица на уклонение от административного надзора, поскольку дать оценку субъективной стороне смогут сразу три контролирующего субъекта — орган внутренних дел по месту жительства или пребывания, орган внутренних дел по месту работы и работодатель.

Неоднократное несоблюдение поднадзорным административных ограничений, установленных судом, сопряженное с совершением административного правонарушения против порядка управления, за исключением правонарушения, предусмотренного ст. 19.24 КоАП РФ, либо административного правонарушения, посягающего на один из объектов (общественный порядок и общественную безопасность, здоровье, санитарно-эпидемиологическое благополучие населения и общественную нравственность), вызывает, по сравнению с двумя предыдущими условиями, меньшее количество вопросов.

В данном случае речь идет о неоднократности и об административной преюдиции в одном составе. Подобный подход законодателя оправдан с позиций принципа гуманизма и либерализации законодательства. Вместе с тем неоднократность — оценочное понятие. Из смысла слова «неоднократность» вытекает, что нарушение должно быть совершено поднадзорным два раза и более. При этом обязательным условием привлечения к уголовной ответственности является совершение предусмотренного диспозицией статьи административного правонарушения. В связи с этим возникает вопрос о том, каким образом должны реагировать правоохранительные органы, если лицо многократно (подчеркиваю — многократно) нарушает запреты и ограничения, установленные судом, но при этом не совер-

⁵ Занятость и безработица в Иркутской области в январе — сентябре 2016 г. (экспресс-информация) // URL: <http://www.irkzan.ru> (дата обращения: 5 февраля 2017 г.).

⁶ Статистические данные Информационного центра ГУ МВД России по Иркутской области.

шает административных правонарушений. Какова в данном случае профилактическая составляющая работы правоохранительных органов? В подобной ситуации выходит, что независимо от того, насколько злобно поднадзорное лицо нарушает запреты и ограничения, установленные судом, для привлечения его к уголовной ответственности необходимо дожидаться совершения им административного правонарушения, причем касающегося определенной сферы. Пленум Верховного Суда РФ разъяснений по этому вопросу не предлагает. В случае многократного нарушения запретов и ограничений в отношении поднадзорного даже не может быть продлен административный надзор, поскольку в соответствии со ст. 7 Федерального закона «Об административном надзоре за лицами, освобожденными из мест лишения свободы» для продления требуется совершение в течение одного года двух и более административных правонарушений против порядка управления и (или) административных правонарушений, посягающих на общественный порядок и общественную безопасность и (или) на здоровье населения и общественную нравственность. Единственной возможной мерой реагирования на многократное нарушение запретов является установление судом дополнительных административных ограничений. Достаточна ли данная мера? С позиции либерального закона — да. С позиции человеческого поведения — вряд ли. Установление дополнительных ограничений не для каждого человека является достаточным основанием для законопослушного образа жизни. Некоторые граждане только под угрозой наказания могут ограничить свое противоправное поведение. Поэтому, возможно, целесообразным было бы изменить редакцию ст. 314.1 УК РФ в данной части и изложить диспозицию следующим образом: «многократное несоблюдение поднадзорным административных ограничений, установленных судом, или совершение административного правонарушения против порядка управления...». Под многократностью в целях рассматриваемой статьи следует понимать нарушение запрета или ограничения три и более раз. Мы предпочли уйти от понятия неоднократности, поскольку все же нарушение запрета и ограничения не столь общественно опасно, как со-

вершение административного правонарушения, при этом нарушение запрета дважды еще не указывает на системный характер, а может быть обусловлено стечением обстоятельств. Понятие многократности может быть закреплено в примечании к ст. 314.1 УК РФ. Однако нельзя не согласиться, что понятие многократности в данном случае может быть заменено термином «злостность» с той же смысловой нагрузкой.

Следует акцентировать внимание еще и на такой категории, как сопряженность, упоминающейся в ч. 1 ст. 314.1 УК РФ. Сопряженность означает неразрывную связь с чем-либо, сопутствие. В науке уголовного права под сопряженностью понимают совершение лицом нескольких преступлений, в то время как одно из них является основным, а другие дополнительными, совершенными ввиду необходимости завершения первого деяния или облегчения его совершения, а также сокрытия. В связи с этим возникает вопрос: чем сопряженность отличается от совокупности преступлений? Ответ далеко не однозначный. На первый взгляд все просто. Например, убийство, сопряженное с разбоем, является квалифицированным, значит, ответственность за него строже. Кроме того, наряду с п. «з» ч. 2 ст. 105 УК РФ виновному лицу вменяется еще и ст. 162 УК РФ. Вводя в уголовный закон категорию «сопряженность», законодатель исходил из принципа усиления уголовной ответственности за подобные деяния. Вместе с тем санкция ч. 2 ст. 105 УК РФ и без того предусматривает наказание вплоть до пожизненного лишения свободы или смертной казни.

М. В. Бавсун и Н. В. Вишнякова справедливо отмечают: «Сама по себе идея сочетания нескольких преступлений в рамках состава убийства или, как теперь это происходит, в законодательных конструкциях других составов вряд ли имеет право на существование хотя бы по причине отсутствия какой-либо логики в выборе самих преступлений, на основе которых должно происходить усиление репрессии. Как отсутствует эта логика и в произошедшем выборе посягательств, которые могут быть сопряжены с убийством»⁷. Кроме того, следует согласиться с авторами в том, что сегодня одним из наиболее приоритетных направлений решения исследуемой проблемы является ис-

⁷ Бавсун М. В., Вишнякова Н. В. Сопряженность как уголовно-правовая категория // Общество и право. 2014. № 4. С. 66.

ключение из УК РФ категории сопряженности, что должно повлечь за собой более широкое применение правил о совокупности преступлений и совокупности приговоров⁸.

При квалификации деяний по ст. 314.1 УК РФ обозначенная проблема приобретает еще большую актуальность, поскольку в ряде случаев совершенно неясно, что с чем сопряжено и идет ли речь о сопряженности или об административной преюдиции.

Представляется, исходя из смысла термина «сопряженность», что сопряженные преступления должны быть совершены в относительно небольшой промежуток времени, должны охватываться единым умыслом и цели этих преступлений должны неразрывно соотноситься между собой. В случае же с уклонением от административного надзора из диспозиции статьи не совсем понятно, совершено ли преступление и административное правонарушение одновременно или последнее совершено лицом ранее.

Нет однозначного мнения на этот счет и у судебных органов. Так, в ряде случаев судами при рассмотрении дел об уклонении от административного надзора вообще не учитывается необходимость сопряженности неоднократного нарушения запретов и ограничений с совершением административных правонарушений.

Так, Конаковским городским судом Тверской области рассматривалось уголовное дело по обвинению Ш. в совершении преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 314.1 УК РФ. В судебном заседании установлено, что решениями мирового судьи Ш. был ранее трижды привлечен к административной ответственности за нарушение ограничения в виде запрещения пребывания в определенное время суток вне жилого помещения, являющегося местом жительства поднадзорного лица. При этом Ш. не совершал ни одного административного правонарушения. Его действия, связанные с нарушением запретов и ограничений, подпадают скорее под признаки правонарушения, предусмотренного ч. 3 ст. 19.24 КоАП РФ. Таким образом, оснований для привлечения Ш. к уголовной ответственности по ч. 2 ст. 314.1 УК РФ нет ввиду отсутствия конструктивного признака преступления — сопряженности. Су-

дом, однако, это обстоятельство было проигнорировано⁹.

В другом случае имеет место обратная ситуация, когда к уголовной ответственности по ст. 314.1 УК РФ привлекаются лица, совершившие административные правонарушения, но не нарушавшие запреты и ограничения, установленные судом.

К примеру, Черепановским районным судом Новосибирской области в отношении Ю. вынесен обвинительный приговор по ч. 2 ст. 314.1 УК РФ. В судебном заседании установлено, что Ю. совершил в течение года 7 административных правонарушений: 1 раз по ст. 19.3 «Неповиновение законному распоряжению сотрудника полиции»; 3 раза по ст. 20.20 «Потребление алкогольной продукции в общественных местах» и 3 раза по ст. 20.21 «Появление в общественных местах в состоянии опьянения» КоАП РФ. Однако каких-либо сведений о несоблюдении конкретных ограничений, установленных ему при административном надзоре (в частности, запрещения пребывания вне жилого помещения в определенное время суток, запрета на посещение мест проведения массовых мероприятий, обязательной явки в ОВД для регистрации), в приговоре суда не имеется¹⁰.

Решение обозначенной проблемы видится в отказе от категории «сопряженность», в частности в ст. 314.1 УК РФ, и изложении диспозиции ч. 2 данной статьи в следующей редакции: «Неоднократное несоблюдение лицом, в отношении которого установлен административный надзор, административных ограничений или ограничения..., при условии совершения данным лицом административного правонарушения...»

Кроме несовершенства законодательной конструкции, обусловленной недостаточным исследованием социальной составляющей, в правоприменительной практике возникают вопросы, связанные с отграничением административного надзора как постпенитенциарной меры контроля от ограничения свободы как вида наказания. Поскольку и в том и в другом случае лицу устанавливаются определенные ограничения и запреты, складывается впечатление, что одному и тому же лицу за одно и то же

⁸ Бавсун М. В., Вишнякова Н. В. Указ. соч. С. 68.

⁹ См.: Дружинин А. В. Уголовная ответственность за неоднократное несоблюдение установленных судом административных ограничений // Проблемы правоохранительной деятельности. 2016. № 2. С. 58.

¹⁰ Дружинин А. В. Указ. соч. С. 59.

преступление дважды назначается наказание, что явно противоречит принципу *non bis in idem*.

Однако при всей схожести двух рассматриваемых институтов речь, разумеется, идет о совершенно различных вещах, в первую очередь по своей правовой природе, времени применения, категории лиц.

Относительно первого критерия напомним, что ограничение свободы является видом наказания, а административный надзор — это наблюдение органов внутренних дел за соблюдением лицом, освобожденным из мест лишения свободы, установленных судом временных ограничений его прав и свобод, а также за выполнением им обязанностей, предусмотренных федеральным законом.

Что касается времени применения, ситуация предельно ясна: ограничение свободы как вид наказания применяется после вынесения судом приговора, административный надзор — после отбытия лицом назначенного судом наказания.

И наконец, ограничение свободы применяется к осужденному лицу, а административный надзор — к отбывшему наказание, освободившемуся и поставленному под административный надзор.

Более того, при всей схожести ограничения свободы и административного надзора, позволяющей поднадзорным лицам выражать несогласие с применением к ним «второго» наказания, необходимо отметить, что меры, применяемые к таким лицам, в любом случае уместны и справедливы. В соответствии с ч. 2 ст. 53 УК РФ ограничение свободы назначается как в качестве основного, так и в качестве дополнительного вида наказания. Поэтому даже при своего рода подмене понятий эффект остается тем же.

Еще один вопрос, на котором хотелось бы заострить внимание, носит скорее процессуальный характер, вместе с тем он непосредственно влияет на квалификацию деяния. Поскольку в диспозиции ч. 2 ст. 314.1 УК РФ речь идет об административной преюдиции, решения требует вопрос о том, с какого момента лицо следует считать совершившим административное правонарушение. На сегодня ответ мы можем найти в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 9 декабря 2008 г. № 25 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных

с нарушением правил безопасности движения и эксплуатации транспортных средств, а также с их неправомерным завладением без цели хищения». В пункте 10.4 названного постановления присутствует ссылка на ст. 4.6 КоАП РФ, гласящая, что лицо считается подвергнутым административному наказанию со дня вступления в законную силу постановления о назначении административного наказания до истечения одного года со дня окончания исполнения данного постановления. Вместе с тем справедливо мнение Э. Л. Сидоренко о том, что постановление по делу об административном правонарушении в случае его обжалования может вступить в силу только после вступления в силу решения по жалобе, в связи с чем лицо, фактически совершившее в течение установленного в статьях Особенной части УК РФ срока два и более административных правонарушения, «не успевает» быть дважды привлеченным к административной ответственности¹¹.

Действительно, в соответствии с ч. 1.1 ст. 30.5 КоАП РФ жалоба на постановление по делу об административном правонарушении подлежит рассмотрению в двухмесячный срок со дня ее поступления со всеми материалами дела в суд. Кроме того, сроки рассмотрения жалобы в ряде случаев могут быть продлены.

Несмотря на очевидную коллизию, позволим себе все же согласиться с позицией признания лица совершившим административное правонарушение с момента вступления в законную силу соответствующего решения суда. Поскольку в ином случае правоприменитель может столкнуться с более серьезными проблемами, касающимися неполноты доказательственной базы, привлечения к ответственности невиновного лица, нарушения принципов гуманизма и презумпции невиновности.

Подводя итог, необходимо подчеркнуть, что первоочередной задачей правоохранительных органов и органов внутренних дел в том числе является не выявление лиц, «злостно уклоняющихся» от административного надзора, а помощь этим лицам в их ресоциализации, которая в большинстве случаев проходит очень болезненно для последних. Роль инспектора по административному надзору сегодня должна быть ролью куратора, помощника, а не надзирателя, хотя это и расходится со стереотипными представлениями о деятельности по надзору.

¹¹ Сидоренко Э. Л. Особенности квалификации преступлений преюдиционного характера // Общество и право. 2016. № 1. С. 62.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Астахова А. О. Уголовно-правовые последствия административного надзора и ограничения свободы // Вестник Омского университета. — 2015. — № 2. — С. 230—232.
2. Бавсун М. В., Вишнякова Н. В. Сопряженность как уголовно-правовая категория // Общество и право. — 2014. — № 4. — С. 64—68.
3. Дружинин А. В. Уголовная ответственность за неоднократное несоблюдение установленных судом административных ограничений // Проблемы правоохранительной деятельности. — 2016. — № 2. — С. 57—60.
4. Сидоренко Э. Л. Особенности квалификации преступлений преюдиционного характера // Общество и право. — 2016. — № 1. — С. 60—66.

Материал поступил в редакцию 30 января 2018 г.

ISSUES OF LEGISLATIVE DESIGN AND PECULIARITIES OF PRACTICAL APPLICATION OF ARTICLE 314.1 OF THE CRIMINAL CODE OF THE RUSSIAN FEDERATION

BARKHATOVA Ekaterina Nikolaevna — PhD in Law, Associate Professor of the Department of Criminal Law and Criminology of the East Siberian Institute of the Ministry of the Interior of Russia
Solncevelvet@rambler.ru
664047, Russia, Irkutsk, ul. Lermontova, d. 110

Abstract. *The article is devoted to the study of problems of application of the norm of the criminal law that provides for responsibility for evading administrative supervision. The analysis of the legislative design of Article 314.1 of the Criminal Code of the Russian Federation has revealed shortcomings associated with different interpretation of the term “contingency” in relation to the Article in question. The author has analyzed the explanations of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation with respect of the application of the rule on imposition of responsibility for evading administrative supervision. The article shows the problems encountered in the course of implementation of administrative supervision and identification of elements of a crime under Art. 314.1 of the Criminal Code in the actions of supervised persons. In particular, the issues related to the need for the supervised person to live at the place of residence or place of stay are raised, and attention is focused on the employment opportunities of a supervised person in another locality. On the example of the Irkutsk region, the employment data with respect of supervised persons are analyzed. The content of such an evaluation element as a legitimate excuse is elucidated. The criteria for “unwarranted” leaving of the place of residence or place of stay are determined. Special attention is paid to the subjective side that includes the purpose of evasion as a compulsory element. The article examines the peculiarities of judicial practice of application of the norm concerning responsibility applied for evading administrative supervision. Recommendations have been developed to improve legislation in this field, the author’s wording of the Article in question has been proposed. Explanations are offered concerning the interpretation of such terms as recurrence, repetitiveness, malignancy, contingency. Also, the issues regarding differentiating administrative supervision as a measure of post-penitentiary rehabilitation from such punishment as restriction of freedom are considered. The author gives arguments in favor of the equal existence of the two mentioned institutions. The stance concerning double imputability when the person who has served a sentence is subjected to administrative supervision is refuted. Attention is drawn to the moment since which a supervised person is considered to have committed an administrative offense. The article examines the peculiarities of qualifying evasion from administrative supervision as a crime of prejudicial character and gives recommendations concerning the application of the rule under consideration including the rule formulated by the author.*

Keywords: *administrative supervision, recurrence, repetitiveness, malignancy, contingency, restriction of freedom, administrative prejudice, purpose of evasion, legitimate excuse, limitations determined by the court.*



REFERENCES

1. Astakhova A.O. Ugolovnopravovye posledstviya administrativnogo nadzora i ogranicheniya svobody [Criminal law consequences of administrative supervision and restriction of freedom]. *Vestnik Omskogo universiteta [The Bulletin of Omsk University]*. 2015. No. 2. P. 230—232.
2. Bavsun M.V. , Vishnyakova N.V. Sopryazhennost kak ugolovnopravovaya kategoriya [Conjugacy as criminal law category]. *Obshchestvo i pravo [The Society and Law]*. 2014. No. 4. P. 64—68.
3. Druzhinin A.V. Ugolvnaya otvetstvennost za neodnokratnoe nesoblyudenie ustanovlennykh sudom administrativnykh ogranicheniy [Criminal liability for repeated non-compliance with administrative restrictions established by the court]. *Problemy pravookhranitelnoy deyatelnosti [Problems of law enforcement activity]*. 2016. No. 2. P. 57—60.
4. Sidorenko E.L. Osobennosti kvalifikatsii prestupleniy preyarditsionnogo kharaktera [Peculiarities of qualification of prejudicial nature crimes]. *Obshchestvo i pravo [The Society and Law]*. 2016. No. 1. P. 60-66.

Ю. В. Грачева*

НЕЗАКОННОЕ ВООРУЖЕННОЕ ФОРМИРОВАНИЕ: СОСТОЯНИЕ И ПЕРСПЕКТИВЫ УГОЛОВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Аннотация. В статье рассматриваются генезис, эволюция и состояние уголовно-правового регулирования ответственности за незаконное вооруженное формирование (ст. 208 УК РФ). В связи с увеличением количества незаконных вооруженных формирований в Чечне и активизацией их противостояния федеральной власти в 1995 г. УК РСФСР 1960 г. был дополнен ст. 77.2, установившей ответственность за создание и участие в незаконном вооруженном формировании, не предусмотренном федеральным законом. Обосновывается утверждение, что незаконное вооруженное формирование представляет собой разновидность организованной группы, рассматриваются разные точки зрения, приводятся аргументы, подтверждающие, что незаконное вооруженное формирование нельзя относить к разновидности преступного сообщества. Изменения в уголовном законодательстве после принятия Федерального закона от 02.11.2013 № 302-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», судебная практика по конкретным делам в связи с применением ст. 208 УК РФ, а также разъяснения Пленума Верховного Суда РФ, изложенные в постановлении от 09.02.2012 № 1 «О некоторых вопросах судебной практики по уголовным делам о преступлениях террористической направленности», приводят к выводам о сомнительности не только правильности применения, но и обоснованности существования ст. 208 УК РФ; о необходимости декриминализации рассматриваемого преступления, а также деяний, предусмотренных ст. 209, 210, 205.4, 205.5 УК РФ и др.; о введении в гл. 10 УК РФ дополнительной статьи, предусматривающей правило об обязательном усилении наказания при совершении преступления групповым способом, подобное изложенному в ст. 68 УК РФ.

Ключевые слова: незаконное вооруженное формирование, форма соучастия, террористическое сообщество, террористическая деятельность, преступное сообщество, организованная группа, уголовная ответственность, соучастие.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.140.7.082-091

© Грачева Ю. В., 2018

* Грачева Юлия Викторовна, доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры уголовного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
uvgracheva@mail.ru
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

ГЕНЕЗИС НОРМЫ, ПРЕДУСМАТРИВАЮЩЕЙ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА НЕЗАКОННОЕ ВООРУЖЕННОЕ ФОРМИРОВАНИЕ

История возникновения нормы об уголовной ответственности за создание незаконного вооруженного формирования (НВФ), не предусмотренного федеральным законом, и участие в нем начинается с Федерального закона от 28.04.1995 № 67-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс РСФСР и Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР»¹, дополнившего УК РСФСР 1960 г. статьей 77.2. Ее введение было обусловлено увеличением количества незаконных вооруженных формирований в Чечне и активизацией их противостояния федеральной власти². Размещение рассматриваемой нормы в гл. 1 «Государственные преступления» Особенной части УК РСФСР 1960 г. подчеркивало, что незаконное вооруженное формирование создается для совершения государственных преступлений, имеющих политические цели³, а не для совершения общеуголовных преступлений. Именно с таким содержанием норма, предусматривающая ответственность за создание незаконного формирования и участие в нем (ст. 208), вошла в УК РФ на момент его принятия. В целом это нашло подтверждение в теории уголовного права и материалах судебной практики.

Так, в одном из комментариев к УК РФ при характеристике субъективной стороны незаконного вооруженного формирования справедливо указывалось, что «мотивы и цели могут быть различными, например насильственный захват власти, насильственное удержание власти в нарушение Конституции РФ, насильственное изменение конституционного строя. Цели могут быть и не преступными, однако вследствие незаконности и вооруженно-

сти формирования, т.е. очевидной общественной опасности, становятся деструктивными для общества»⁴.

Следует отметить, что в материалах судебной практики не удалось найти уголовных дел, в которых бы виновное лицо было привлечено к ответственности за создание или участие в незаконном вооруженном формировании, преследовавшем не преступные цели.

В. И. Радченко полагал, что незаконное вооруженное формирование могло создаваться для достижения помимо политических, религиозных, сепаратистских и коммерческих целей. При этом он указывал, что создание вооруженной группы с целью нападения на граждан или на организации квалифицируется по ст. 209 УК РФ⁵. В приведенном высказывании вызывает сомнение указание на коммерческую цель создания НВФ. Согласно толковому словарю коммерция — это торговля, торговые операции⁶, а торговля — хозяйственная деятельность по обороту, купле и продаже товаров⁷. Применительно к рассматриваемому преступлению коммерческую цель надо понимать как стремление извлечь материальную выгоду. Конструктивный признак незаконного вооруженного формирования — вооруженность, что вряд ли предполагает достижение такой цели ненасильственным путем. В связи с этим такое формирование скорее всего должно быть признано бандой (ст. 209 УК РФ).

Для судебной практики первых лет действия УК РФ были характерны уголовные дела, подобные, например, следующему. 31.10.2002 Б. осужден Верховным судом Карачаево-Черкесской Республики по ч. 2 ст. 208 УК РФ к 2 годам лишения свободы условно с испытательным сроком на 1 год. «Б. признан виновным в участии в вооруженном формировании, не

¹ СЗ РФ. 1995. № 18. Ст. 1595.

² См.: *Хлебушкин А. Г.* Некоторые проблемы соучастия особого рода (*sui generis*) по УК РФ // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке : материалы XV Международной научно-практической конференции (Москва, 25—26 января 2018). М. : РГ-Пресс, 2018. С. 425.

³ См., например: *Голенков С. В.* Исторические аспекты уголовной ответственности за организацию незаконного вооруженного формирования или участие в нем // *Российский следователь*. 2010. № 23. С. 34—38.

⁴ Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / под ред. А. И. Чучаева. М. : Контракт, 2012. С. 350.

⁵ См.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / отв. ред. В. М. Лебедев. 9-е изд., перераб. и доп. М. : Юрайт, 2010. С. 502—503.

⁶ См.: *Ожегов С. И., Шведова Н. Ю.* Толковый словарь русского языка : 80 000 слов и фразеологических выражений / Российская АН ; Российский фонд культуры. 2-е изд., испр. и доп. М. : Азъ, 1995. С. 281.

⁷ См.: *Ожегов С. И., Шведова Н. Ю.* Указ. соч. С. 792.

предусмотренном федеральным законом, развившемся в том, что в мае 1999 года, приехав в Чечню, в лагерях, созданных незаконными вооруженными формированиями (НВФ), в течение 8 дней проходил идеологическую подготовку в исламском институте “Шафиги” и лагере полевого командира М. в Урус-Мартане, а затем в течение 3 недель — военное обучение в лагере полевого командира А. в с. Автуры Чеченской Республики, где получил навыки владения стрелковым оружием. По возвращении из Чечни вошел в незаконное вооруженное формирование “Зеленчукский джамаат”... В конце января 2001 года по указанию лидера этого формирования прибыл в мкр. Московский Усть-Джегутинского района КЧР, жил в квартире, снимаемой А.; на автомашине “Жигули” перевозил лидеров незаконных вооруженных групп — “джамаатов” по населенным пунктам КЧР для выполнения ими своих преступных намерений»⁸.

Квалификация действий Б. соответствует духу и букве закона (ст. 208 УК РФ), единственное, что смущает, — назначенное наказание. Однако Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ в кассационном определении отметила, что суд в полной мере учел характер и степень общественной опасности преступления, данные о личности виновного и все обстоятельства дела. Основания считать приговор несправедливым, в том числе и по мотивам мягкости, по мнению суда, не имеется⁹.

Заслуживает внимания кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ по жалобе осужденных Г., А., К., Э., И., К. В. и адвоката Ш. на приговор суда присяжных Ставропольского краевого суда от 6 ноября 2002 г.¹⁰

Г., А., К., Э., И. и К. В. признаны виновными в том, что «в 2000 году вступили в члены преступного сообщества, созданного на основе экстремистского течения ислама “ваххабизма”, преследовавшего цель насильственного захвата власти и изменения конституционного строя Российской Федерации в Северо-Кавказском регионе с дальнейшим насильственным отторжением от России и образования на его

территории исламского государства с шариатской формой правления. Осужденные, вступив в одну из таких устойчивых и сплоченных групп, участвовали в подготовительных действиях, направленных на насильственный захват власти, изменение конституционного строя Карачаево-Черкесской и Кабардино-Балкарской Республик». Суд посчитал, что группа, в которую вступили осужденные, устойчива и сплоченна, в этой связи квалифицировал их действия как участие в преступном сообществе.

Кроме того, А., Э. и И. «признаны виновными в участии в вооруженном формировании, не предусмотренном федеральным законом. В апреле — июне 2001 г. они вошли в незаконное вооруженное формирование, организованное в районе горного плато “Бечасын” Главного Кавказского Хребта на территории Карачаево-Черкесской Республики, которое имело на вооружении 3 автомата “Калашникова” с боеприпасами. 6 июня 2001 года, следуя в Панкисское ущелье для соединения с другими находившимися там вооруженными формированиями, при переходе границы с Грузией осужденные были блокированы пограничниками, задержаны, а оружие изъято»¹¹.

Из приведенных материалов дела непонятно, почему данная деятельность получила уголовно-правовую оценку, с одной стороны, как участие в преступном сообществе, а с другой — как участие в незаконном вооруженном формировании. Кстати, в кассационной жалобе обращалось внимание на это обстоятельство. Так, осужденный И. отмечал, что одни и те же его действия квалифицированы судом «по двум составам преступлений по ст. 278 и 210 УК РФ, ст. 222 и 208 УК РФ»¹².

В теории уголовного права предпринимаются попытки разграничить преступления, предусмотренные ст. 208 и 210 УК РФ. Отметим, что до принятия УК РФ в уголовном законодательстве не было такого количества норм, предусматривающих самостоятельную уголовную ответственность за создание и участие в том или ином преступном объединении, поэтому и проблемы с разграничением одной группы от другой не возникало.

⁸ Определение Верховного Суда РФ от 05.02.2003 № 30-о02-17 // СПС «КонсультантПлюс».

⁹ Определение Верховного Суда РФ от 05.02.2003 № 30-о02-17.

¹⁰ Определение Верховного Суда РФ от 28.05.2003 № 19/1кп003-24сп // СПС «КонсультантПлюс».

¹¹ Определение Верховного Суда РФ от 28.05.2003 № 19/1кп003-24сп.

¹² Определение Верховного Суда РФ от 28.05.2003 № 19/1кп003-24сп.

НЕЗАКОННОЕ ВООРУЖЕННОЕ ФОРМИРОВАНИЕ: ОПРЕДЕЛЕНИЕ ФОРМЫ СОУЧАСТИЯ

Начавшаяся полемика с момента вступления в силу УК РФ, связанная с определением формы соучастия, присущей незаконному вооруженному формированию, не прекращается и сегодня. Как правило, в юридической литературе преобладает мнение, что НВФ является разновидностью организованной группы¹³, но некоторые ученые относят его к преступному сообществу¹⁴.

Преступное сообщество, согласно ч. 4 ст. 35 УК РФ, может быть двух видов: 1) структурированная организованная группа; 2) объединение самостоятельных организованных групп, действующих под единым руководством, члены которых объединены в целях совместного совершения одного или нескольких тяжких либо особо тяжких преступлений для получения прямо или косвенно финансовой или иной материальной выгоды.

Под структурным подразделением преступного сообщества понимается функционально и (или) территориально обособленная группа, состоящая из «двух или более лиц (включая руководителя этой группы), которая в рамках и в соответствии с целями преступного сообщества (преступной организации) осуществляет преступную деятельность. Такие структурные подразделения, объединенные для решения общих задач преступного сообщества (преступной организации), могут не только совершать отдельные преступления (дачу взятки, подделку документов и т.п.), но и выполнять иные задачи, направленные на обеспечение функционирования преступного сообщества (преступной организации)»¹⁵.

Уголовный кодекс РФ (ст. 208), описывая незаконное вооруженное формирование, исходит из того, что им являются объединение, отряд, дружина или иная группа. Ключевым для понимания формы соучастия является то, что и объединение, и отряд, и дружина — это разновидности группы, т.е. законодатель исключает наличие в незаконном вооруженном формировании структурных подразделений, тем более самостоятельных организованных групп. Эта позиция находит подтверждение в п. 24 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 09.02.2012 № 1 (в ред. от 03.11.2016) «О некоторых вопросах судебной практики по уголовным делам о преступлениях террористической направленности», в котором говорится, что «создание незаконного вооруженного формирования (часть 1 статьи 208 УК РФ) считается оконченным преступлением с момента фактического образования формирования, то есть с момента объединения нескольких лиц в группу (курсив наш. — Ю. Г.) и приобретения хотя бы некоторыми из них оружия, боеприпасов, взрывных устройств, боевой техники»¹⁶. Еще четче данная позиция прослеживается в решениях по конкретным делам. Так, в кассационном определении Военной коллегии Верховного Суда РФ от 10.01.2013 по делу № 205-012-11, рассмотревшей жалобу осужденных, в том числе и в связи с квалификацией их действий по ст. 208 УК РФ, момент окончания этого преступления определила следующим образом: «после объединения двух и более лиц в устойчивую организованную группу для ведения вооруженной борьбы с представителями властных структур с целью дестабилизации обстановки в регионе и в стране и приобретения ими оружия»¹⁷.

¹³ См., например: Клименко Ю. А. Незаконное вооруженное формирование (ст. 208 УК РФ): проблемы квалификации // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке... С. 432—433 ; Уголовное право. Особенная часть : учебник для бакалавров / под ред. А. И. Чучаева. 3-е изд., перераб. и доп. М. : Проспект, 2018. С. 254—255 ; Уголовное право России. Особенная часть : учебник / под ред. В. Н. Бурлакова, В. В. Лукьянова, В. Ф. Шепелькова. СПб., 2014. С. 314.

¹⁴ См.: Уголовное право Российской Федерации. Общая часть / под ред. В. С. Комиссарова, Н. Е. Крыловой, И. М. Тяжковой. М., 2012. С. 401.

¹⁵ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10.06.2010 № 12 «О судебной практике рассмотрения уголовных дел об организации преступного сообщества (преступной организации) или участии в нем (ней)». П. 4 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2010. № 8.

¹⁶ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2012. № 4.

¹⁷ СПС «КонсультантПлюс».

См. также: приговор Верховного Суда Республики Дагестан от 09.06.2011 по делу № 2-17/11 // СПС «КонсультантПлюс».

Таким образом, изложенное свидетельствует о том, что незаконное вооруженное формирование по форме соучастия представляет собой разновидность организованной группы.

НЕКОТОРЫЕ РАЗЪЯСНЕНИЯ ПЛЕНУМА ВЕРХОВНОГО СУДА РФ, ВЫЗЫВАЮЩИЕ СОМНЕНИЯ

Ряд разъяснений Пленума Верховного Суда РФ, которые по своей сути должны стабилизировать практику нижестоящих судов и сделать ее единообразной, вряд ли способны на это. Так, в п. 23 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 09.02.2012 № 1 (в ред. от 03.11.2016) «О некоторых вопросах судебной практики по уголовным делам о преступлениях террористической направленности» говорится, что «под незаконным вооруженным формированием в статье 208 УК следует понимать не предусмотренные федеральным законом объединение, отряд, дружину или иную вооруженную группу, созданные для реализации определенных целей (например, для совершения террористических актов, насильственного изменения основ конституционного строя территориальной целостности Российской Федерации)»¹⁸. Такие рекомендации были обоснованными до дополнения УК РФ ст. 205.4, но, к сожалению, сохранились в постановлении Пленума Верховного Суда РФ до настоящего времени, несмотря на то, что в документ вносились изменения 03.11.2016. Они соответствовали сложившейся в тот период теории уголовного права¹⁹ и судебной практике²⁰, о чем уже шла речь ранее.

Федеральный закон от 02.11.2013 № 302-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»²¹, дополнивший Уголовный кодекс статьей 205.4, в ее ч. 1 предусмотрел ответственность за

создание террористического сообщества, т.е. «устойчивой группы лиц, заранее объединившихся в целях осуществления террористической деятельности либо для подготовки или совершения одного либо нескольких преступлений, предусмотренных статьями 205.1, 205.2, 206, 208, 211, 220, 221, 277, 278, 279, 360 и 361... Кодекса, либо иных преступлений в целях пропаганды, оправдания и поддержки терроризма, а равно руководство таким террористическим сообществом, его частью или входящими в такое сообщество структурными подразделениями».

Из статьи 205.4 УК РФ следует, что если виновный создает устойчивую группу для совершения террористического акта (подобная деятельность, согласно п. 2 ст. 3 Федерального закона от 06.03.2006 № 35-ФЗ «О противодействии терроризму»²², относится к террористической), насильственного захвата власти или насильственного ее удержания (ст. 278 УК РФ), вооруженного мятежа (ст. 279 УК РФ), то за такую организационную деятельность, в силу прямого указания закона, он должен подлежать уголовной ответственности по ст. 205.4 УК РФ²³.

Если за рассматриваемую деятельность уголовная ответственность должна наступать по ст. 205.4 УК РФ, то тогда возникает вопрос: в каких случаях подлежит применению ст. 208 УК РФ?

В теории уголовного права на него дается достаточно расплывчатый ответ. Так, указывается, что «от организации террористического сообщества (ст. 205.4 УК), бандитизма (ст. 209 УК), организации преступного сообщества (преступной организации) (ст. 210 УК), вооруженного мятежа (ст. 279 УК), организации экстремистского сообщества (ст. 282.1 УК) рассматриваемый состав преступления отличается отсутствием конститутивных целей, характеризующих данные составы преступлений»²⁴. Кроме того, можно

¹⁸ СПС «КонсультантПлюс».

¹⁹ См., например: Уголовное право России. Особенная часть / под ред. Ф. Р. Сундунова, М. В. Талан. М. : Статут, 2012. С. 420; Уголовное право. Особенная часть / под ред. А. И. Чучаева. М. : Контракт; Инфра-М., 2012. С. 223.

²⁰ См., например: Кассационное определение Верховного Суда РФ от 02.04.2014 № 20-УД14-2 // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 19.02.2018).

²¹ См.: СЗ РФ. 2013. № 44. Ст. 5641.

²² СЗ РФ. 2006. № 11. Ст. 1146.

²³ Подробнее об этом см.: Грачева Ю. В. Обоснованность некоторых рекомендаций Пленума Верховного Суда РФ вызывает возражения // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке... С. 144—148.

²⁴ См.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный). 7-е изд., перераб. и доп. / под ред. Г. А. Есакова. М. : Проспект, 2017. С. 137.

найти справедливое замечание о том, что цели создания незаконного вооруженного формирования могут быть непроступными: «формирование обычно создается для поддержания общественного порядка, охраны определенных социальных групп или каких-либо объектов...»²⁵. Однако анализ опубликованных материалов судебной практики после внесенных изменений в УК РФ, дополнения его ст. 205.4 показал, что нет уголовных дел о привлечении лиц к уголовной ответственности за создание или участие в незаконном вооруженном формировании, преследующем непроступные цели.

Известно, что, когда теория испытывает затруднения с решением какой-либо проблемы, следует обращаться к судебной практике.

АНАЛИЗ МАТЕРИАЛОВ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ ПО ПРИМЕНЕНИЮ СТ. 208 УК РФ

Следует отметить, что опубликованных обвинительных приговоров по ст. 208 УК РФ (в новой редакции) немного. Их можно интегрировать в несколько групп.

К первой группе относятся судебные решения, в которых суды, с одной стороны, придерживаются разъяснения, содержащегося в п. 23 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 09.02.2012 № 1 «О некоторых вопросах судебной практики по уголовным делам о преступлениях террористической направленности»; с другой стороны, игнорируют наличие ст. 205.4 и 205.5 УК РФ²⁶. Так, приговором Нальчикского городского суда Кабардино-Балкарской Республики от 26.10.2017 С. осужден по ч. 2 ст. 228, ч. 1 ст. 222, ч. 1 ст. 222.1, ч. 5 ст. 33, ч. 2 ст. 208 УК РФ. Судебная коллегия по уголовным делам Верховного суда Кабардино-Балкарской Республики в апелляционном определении от 19.12.2017 в обоснование квалификации дей-

ствий С. по ч. 5 ст. 33, ч. 2 ст. 208 УК РФ указала: зная, «что на территории КБР в течение длительного времени действует устойчивое незаконное вооруженное формирование (НВФ), не предусмотренное федеральными законами и неконтролируемое государством, под названием... «Имарат Кавказ», деятельность которого на территории Российской Федерации признана экстремистской и запрещена решением Верховного Суда РФ от 8 февраля 2010 года, а А. и К., уголовное дело в отношении которых прекращено на основании п. 4 ч. 2 ст. 24 УПК РФ, за смертью подозреваемых, являются членами данной организации, С. ... примерно осенью 2013 года согласился... оказывать членам НВФ... помощь и умышленно, осознавая противоправность своих действий и разделяя цели и задачи незаконного вооруженного формирования на территории Кабардино-Балкарской Республики, оказывая пособничество участникам незаконных вооруженных формирований, не предусмотренных федеральными законами Российской Федерации, примерно в начале марта 2014 г. по поручению К. приобрел предметы одежды...»²⁷.

Решением Верховного Суда РФ от 08.02.2010 № ГКПИ 09-1715 международная организация «Имарат Кавказ» («Кавказский эмират») признана террористической, ее деятельность запрещена на территории Российской Федерации²⁸, поэтому С. должен быть осужден не по ч. 5 ст. 33, ч. 2 ст. 208 УК РФ, а по ч. 3 ст. 33, ч. 2 ст. 205.5 УК РФ, в которой предусмотрена ответственность за участие в деятельности организации, признанной в соответствии с законодательством РФ террористической.

Кстати, для признания организованной группы террористическим сообществом не требуется предварительного судебного решения о ликвидации организации в связи с осуществлением террористической деятельности²⁹. В случае отсутствия решения Верховного

²⁵ Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации для работников прокуратуры (постатейный) / отв. ред. В. В. Малиновский ; науч. ред. А. И. Чучаев. М. : Проспект, 2015. С. 673.

²⁶ См., например: URL: http://vs.ing.sudrf.ru/modules.php?name=press_dep&op=1&did=2382 (дата обращения: 19.02.2018) ; решение по делу 22-1840/2017 // URL: <https://rospravosudie.com/court-verhovnyj-sud-respubliki-dagestan-respublika-dagestan-s/act-570307290/> (дата обращения: 22.02.2018).

²⁷ Решение по делу 22-962/2017 // URL: <https://rospravosudie.com/court-verhovnyj-sud-kabardino-balkarskoj-respubliki-kabardino-balkarskaya-respublika-s/act-575750248/> (дата обращения: 19.02.2018).

²⁸ URL: <http://nac.gov.ru/zakonodatelstvo/sudebnye-resheniya/reshenie-verhovnogo-suda-rf-ot-8-fevralya.html> (дата обращения: 22.02.2018).

²⁹ См.: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 09.02.2012 № 1 (в ред. от 03.11.2016) «О некоторых вопросах судебной практики по уголовным делам о преступлениях террористической направленности». Абз. 2 п. 22.2.

Суда РФ о признании международной организации «Имарат Кавказ» террористической или неосведомленности об этом С. ответственность для последнего должна наступать по ч. 3 ст. 33, ч. 2 ст. 205.4 УК РФ.

Ко второй группе можно отнести приговоры, на основании которых виновные (граждане РФ), участвовавшие на территории иностранного государства в вооруженном формировании, не предусмотренном его законодательством, в целях, противоречащих интересам Российской Федерации³⁰, осуждены по ч. 2 ст. 208 УК РФ. Так, Я. обвиняется в том числе по ч. 2 ст. 208 УК РФ за то, что состоял в антиправительственном незаконном вооруженном формировании, структурно входящем в террористическую организацию, участвующем во внутреннем вооруженном конфликте немеждународного характера против действующей армии Сирийской Арабской Республики. Я. являлся рядовым боевиком, у него на вооружении и в личном пользовании находилось огнестрельное оружие³¹.

Незаконное вооруженное формирование, входящее в террористическое сообщество, действовало на территории иностранного государства против действующей армии Сирийской Арабской Республики, т.е. преследовало цели создания исламского государства. Деяние Я. должно квалифицироваться по ч. 2 ст. 205.5 УК РФ, поскольку организация была признана террористической. В обоснование можно привести следующие аргументы:

1) из материалов следует, что Я. состоял в антиправительственном незаконном вооруженном формировании, структурно входящем в террористическую организацию. Конкуренция между ст. 208 и ст. 205.4, 205.5 УК РФ должна быть решена в пользу последних двух статей, так как они также предусматривают ответственность за незаконные вооруженные формирования, но созданные в целях осуществ-

ления террористической деятельности либо для подготовки или совершения одного либо нескольких преступлений, предусмотренных ст. 205.1, 205.2, 206, 208, 211, 220, 221, 277, 278, 279, 360 и 361 УК РФ, либо иных деяний в целях пропаганды, оправдания и поддержки терроризма. Таким образом, исходя из названных целей, нормы, изложенные в ст. 205.4 и 205.5 УК РФ, являются специальными по отношению к ст. 208 УК РФ;

2) решением Верховного Суда РФ от 29.12.2014 по делу № АКПИ14-1424С международные организации «Исламское государство» (другие названия — «Исламское государство Ирака и Сирии»), «Исламское государство Ирака и Леванта», «Исламское государство Ирака и Шама») и «Джебхат ан-Нусра» («Фронт победы») (другие название — «Джабха аль-Нусра ли-Ахль аш-Шам» («Фронт поддержки Великой Сирии»)) признаны террористическими, их деятельность запрещена на территории Российской Федерации³².

Третья группа охватывает приговоры, согласно которым виновные осуждены за участие в незаконном вооруженном формировании, созданном для посягательства на жизнь сотрудников полиции. Так, Ф., гражданин Российской Федерации, обвинялся в совершении преступлений, предусмотренных ч. 2 ст. 208 УК РФ, ч. 2 ст. 228 УК РФ, ч. 1 ст. 222 УК РФ и ч. 1 ст. 222.1 УК РФ.

Предварительным следствием установлено, что он совместно и по предварительному сговору с другими создал вооруженную группу в целях вооруженного нападения на сотрудников полиции. Для этого были приобретены два самодельных взрывных устройства в виде ведер, начиненных взрывчатой вещью; одна граната Ф-1; огнестрельное оружие неустановленного образца, патроны калибра 5,45x39 мм и калибра 7,62x54 мм³³.

Приведенные материалы уголовного дела не позволяют в полной мере быть уверенными

³⁰ См., например: Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 2 (2017) (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 26.04.2017) // СПС «КонсультантПлюс»; решение по делу 22-78/2018 (22-2057/2017) // URL: <https://rospravosudie.com/court-verhovnyj-sud-respubliki-dagestan-respublika-dagestan-s/act-580217630> (дата обращения: 19.02.2018); решение по делу 4У-767/2017 [44У-1/2018 — (44У-99/2017)] // URL: <https://rospravosudie.com/court-astraxanskij-oblastnoj-sud-astraxanskaya-oblast-s/act-580017435/> (дата обращения: 19.02.2018).

³¹ Решение по делу 4У-1208/2017 [44У-5/2018 — (44У-103/2017)] // URL: <https://rospravosudie.com/court-astraxanskij-oblastnoj-sud-astraxanskaya-oblast-s/act-580017438/> (дата обращения: 19.02.2018).

³² СПС «КонсультантПлюс».

³³ См.: решение по делу 22К-115/2018 // URL: <https://rospravosudie.com/court-verhovnyj-sud-respubliki-dagestan-respublika-dagestan-s/act-580067396/> (дата обращения: 19.02.2018).

в правильной квалификации действий виновных, так как неясны мотив и цель посягательства на жизнь сотрудников полиции. Если оно совершено из мести за их правомерную деятельность, то группа может быть признана незаконным вооруженным формированием (при установлении признака устойчивости и вооруженности). Однако в материалах дела нет сведений о вменении виновным приготовления к посягательству на жизнь сотрудника правоохранительного органа (ч. 1 ст. 30, ст. 317 УК РФ). Посягательство на жизнь сотрудников полиции в целях воспрепятствования законной деятельности указанных лиц по охране общественного порядка и обеспечению общественной безопасности ближе к террористической деятельности, и скорее всего организация должна признаваться террористическим сообществом (ст. 205.4 УК РФ).

Если посягательство на жизнь сотрудника правоохранительного органа совершается путем взрыва, поджога или иных действий подобного характера в целях дестабилизации деятельности органов власти или международных организаций либо воздействия на принятие ими решений, то содеянное надлежит квалифицировать по ст. 205 УК РФ³⁴, а организацию признавать террористическим сообществом (ст. 205.4 УК РФ).

3. обвиняется в совершении преступлений, предусмотренных ч. 2 ст. 208, ч. 2 ст. 228, ч. 1 ст. 222.1 УК РФ. Предварительным следствием установлено, что он по предварительному сговору с другим обвиняемым в августе-сентябре 2017 г. создал вооруженную группу, в состав которой в качестве участников вошел ряд лиц. Члены незаконного вооруженного формирования избрали своим лидером О., который, осуществляя общее руководство группой, в целях обеспечения вооружением участников НВФ определил, что некоторые члены группы, совершив посягательство на жизнь сотрудников правоохранительных органов, завладев их ог-

нестрельным оружием, перейдут в нелегальное положение, а другие члены группы останутся на легальном положении, чтобы по данным лидерами группы указаниям оказывать помощь в их деятельности — в снабжении информацией и материально-техническом обеспечении. Для осуществления вооруженного нападения на сотрудников полиции приобрели оружие, патроны и самодельные взрывные устройства³⁵.

Помимо уже высказанных сомнений в обоснованности квалификации деяния по ст. 208 УК РФ можно добавить, что по материалам уголовного дела посягательство на жизнь сотрудников правоохранительных органов происходило с целью завладения их табельным оружием. В связи с этим вооруженная группа должна признаваться бандой, а действия лиц квалифицироваться по ч. 2 ст. 209, а не ч. 2 ст. 208 УК РФ.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

После дополнения УК РФ ст. 205.4 и 205.5 не только правильность применения, но и обоснованность существования ст. 208 УК РФ вызывает сомнения. Статьи 208, 209, 210, 205.4, 205.5 УК РФ и т.д., с одной стороны, практически никогда самостоятельно не применяются, а только по совокупности с другими, а с другой — назначаемое наказание по совокупности свидетельствует о том, что суды не видят в этих преступлениях большой общественной опасности; наказание, назначенное по ним, практически поглощается наказаниями, назначенными за другие преступления.

В этой связи видится необходимость декриминализировать указанные преступления, а взамен в гл. 10 Общей части УК РФ, посвященной назначению наказания, предусмотреть правило об обязательном усилении наказания при совершении преступления групповым способом так, как это сделано в ст. 68 УК РФ.

³⁴ См.: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 09.02.2012 № 1 (ред. от 03.11.2016) «О некоторых вопросах судебной практики по уголовным делам о преступлениях террористической направленности». П. 12.

³⁵ Апелляционное постановление Суда апелляционной инстанции по уголовным делам Верховного суда Республики Дагестан по делу 22К-114/2018 // URL: <https://rospravosudie.com/court-verhovnyj-sud-respubliki-dagestan-respublika-dagestan-s/act-580067395/> (дата обращения: 19.02.2018).

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Голенков С. В.* Исторические аспекты уголовной ответственности за организацию незаконного вооруженного формирования или участие в нем // *Российский следователь*. — 2010. — № 23.
2. *Грачева Ю. В.* Обоснованность некоторых рекомендаций Пленума Верховного Суда РФ вызывает возражения // *Уголовное право: стратегия развития в XXI веке : материалы XV Международной научно-практической конференции (Москва, 25—26 января 2018 г.)*. — М., 2018.
3. *Клименко Ю. А.* Незаконное вооруженное формирование (ст. 208 УК РФ): проблемы квалификации // *Уголовное право: стратегия развития в XXI веке : материалы XV Международной научно-практической конференции (Москва, 25—26 января 2018 г.)*. — М., 2018.
4. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / под ред. Г. А. Есакова. — 7-е изд., перераб. и доп. — М., 2017.
5. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / под ред. А. И. Чучаева. — М. : Контракт, 2012.
6. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / отв. ред. В. М. Лебедев. — 9-е изд., перераб. и доп. — М. : Юрайт, 2010.
7. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации для работников прокуратуры (постатейный) / отв. ред. В. В. Малиновский ; науч. ред. А. И. Чучаев. — М. : Проспект, 2015.
8. *Ожегов С. И., Шведова Н. Ю.* Толковый словарь русского языка : 80 000 слов и фразеологических выражений / Российская АН ; Российский фонд культуры. — 2-е изд., испр. и доп. — М. : Азъ, 1995.
9. *Уголовное право. Особенная часть* / под ред. А. И. Чучаева. — М. : Контракт ; Инфра-М, 2012.
10. *Уголовное право. Особенная часть : учебник для бакалавров* / под ред. А. И. Чучаева. — 3-е изд., перераб. и доп. — М., 2018.
11. *Уголовное право России. Особенная часть* / под ред. Ф. Р. Сундурова, М. В. Талан. — М. : Статут, 2012.
12. *Уголовное право России. Особенная часть : учебник* / под ред. В. Н. Бурлакова, В. В. Лукьянова, В. Ф. Шепелькова. — СПб., 2014.
13. *Уголовное право Российской Федерации. Общая часть* / под ред. В. С. Комиссарова, Н. Е. Крыловой, И. М. Тяжковой. — М., 2012.
14. *Хлебушкин А. Г.* Некоторые проблемы соучастия особого рода (sui generis) по УК РФ // *Уголовное право: стратегия развития в XXI веке : материалы XV Международной научно-практической конференции (Москва, 25—26 января 2018 г.)*. — М., 2018.

Материал поступил в редакцию 3 апреля 2018 г.

AN ILLEGAL ARMED GROUP: THE STATUS AND PROSPECTS OF REGULATION UNDER CRIMINAL LAW

GRACHEVA Yulia Viktorovna — Doctor of Law, Associate Professor, Professor of the Department of Criminal Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

uvgracheva@mail.ru

125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The article deals with the genesis, evolution and the state of affairs in the field of the criminal law regulation with respect to responsibility for an illegal armed group (Article 208 of the Criminal Code of the Russian Federation). Due to the increase in the number of illegal armed groups in Chechnya and escalation of their opposition to the federal government in 1995, the Criminal Code of the RSFSR of 1960 was supplemented by Article 77.2 that provided for the responsibility for the creation and participation in an illegal armed group the operation of which was not warranted under the federal law. The author substantiates the assertion that an illegal armed group represents a kind of organized group, considers different approaches, gives arguments that confirm that an illegal armed group can not be classified as a certain type of a criminal community. The analysis of amendments to the criminal legislation after the the Federal Law of November 2, 2013, No. 302-FZ "On Amendments to Certain Legislative Acts of the Russian Federation" was adopted, jurisprudence with respect to the specific cases associated with the application of Art. 208 of the Criminal Code of the Russian Federation, as well as interpretations of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation set forth in Decree No. 1 of*

February 09, 2012 “On Some Issues of Judicial Practice in Criminal Cases Concerning Crimes of a Terrorist Nature” lead to conclusions about the questionability of not only the correctness of application, but also of the validity of existence of Art. 208 of the Criminal Code. The author elucidates the need to decriminalize the crime in question, as well as the acts provided for in Art. 209, 210, 205.4, 205.5 of the Criminal Code of the Russian Federation, etc., to introduce an additional Article into Chapter 10 of the Criminal Code of the RF providing for a rule concerning mandatory reinforcement of the punishment for the commission of a crime in a group similar to that stated in Art. 68 of the Criminal Code.

Keywords: illegal armed group, form of complicity, terrorist community, terrorist activity, criminal community, organized group, criminal responsibility, complicity.

REFERENCES

1. Golenkov S.V. Istoricheskie aspekty ugolovnoy otvetstvennosti za organizatsiyu nezakonnogo vooruzhennogo formirovaniya ili uchastie v nem [Historical aspects of criminal responsibility for organization of illegal armed formation or participation in it]. *Rossiyskiy sledovatel [The Russian Investigator]*. 2010. No. 23.
2. Gracheva Yu. V. Obosnovannost nekotorykh rekomendatsii Plenuma Verkhovnogo Suda RF vyzivaet vozrazheniia [The validity of some recommendations of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation causes objections]. *Ugolovnoe pravo: Criminal law: strategii razvitiia v XXI veke [Criminal Law: Development Strategy in the XXI Century]. Proceedings of the XV International Scientific and Practical Conference (Moscow, 25—26 January, 2018)*. Moscow. 2018.
3. Klimenko Yu.A. Nezakonnnoe vooruzhennoe formirovanie (st. 208 UK RF): problemy kvalifikatsii [An Illegal Armed Group (Article 208 of the Criminal Code of the Russian Federation): problems of qualification]. *Ugolovnoe pravo: strategii razvitiia v XXI veke [Criminal Law: Development Strategy in the XXI Century]. Proceedings of the XV International Scientific and Practical Conference (Moscow, 25—26 January, 2018)*. Moscow. 2018.
4. Kommentarii k ugolovnomu kodeksu rossiiskoi federatsii postateinyi [Commentary to the Criminal Code of the Russian Federation (article-by-article)]. G. A. Esakova (ed.). 7 th ed., rev. and suppl. Moscow, 2017.
5. Kommentarii k Ugolovnomu kodeksu Rossiiskoi Federatsii (postateinyi) [Commentary to the Criminal Code of the Russian Federation (article-by-article)]. A.I. Chuchaev (ed.). Moscow: Kontrakt Publ., 2012.
6. Kommentarii k Ugolovnomu kodeksu Rossiiskoi Federatsii [Commentary to the Criminal Code of the Russian Federation]. Ed. by V.M. Lebedev. 9th ed., rev. and suppl. Moscow: Yurayt Publ., 2010.
7. Kommentarii k Ugolovnomu kodeksu Rossiiskoi Federatsii dlia rabotnikov prokuratury (postateinyi) [Commentary to the Criminal Code of the Russian Federation for the Prosecutor’s Office Staff (article-by-article)]. Ed. by V. V. Malinovsky. Sci. Ed. A.I. Chuchaev. Moscow: Prospekt Publ., 2015.
8. Ozhegov S.I., Shvedova N. Yu. Tolkovyi slovar russkogo iazyka: 80 000 slov i frazeologicheskikh vyrazhenii [Explanatory dictionary of the Russian language: 80,000 words and phraseological expressions]. Russian Academy of Sciences; Russian Cultural Foundation. 2 nd ed., rev. and suppl.. Moscow: Az Publ., 1995.
9. Ugolovnoe pravo Rossii. Osobennaia chast [Criminal Law of Russia. Special Part]. Ed. by F.R. Sundurov, M.V. Talan. Moscow: Statute Publ., 2012.
10. Ugolovnoe pravo Rossii. Osobennaia chast [Criminal Law of Russia. Special Part]. Ed. by F.R. Sundurov, M.V. Talan. [Criminal Law of Russia. Special Part] : A Textbook. Ed. by V. N. Burlakov, V. V. Lukyanov, V. F. Shepelkov. St. Petersburg, 2014.
11. Ugolovnoe pravo Rossiiskoi Federatsii. Obshchaya chast [Criminal Law of the Russian Federation. General Part]. Ed. by V.S. Komissarova, N.E. Krylova, I.M. Tyazhkova. Moscow. 2012.
12. Ugolovnoe pravo. Osobennaya chast. Ed. by A.I. Chuchaev. Moscow: Kontrakt: Infra-M, 2012.
13. Ugolovnoe pravo. Osobennaya chast [Criminal Law of Russia. Special Part]: A Textbook for Bachelors. Ed. by A.I. Chuchaev. 3rd ed., rev. and suppl. Moscow. 2018.
14. Khlebushkin A.G. Nekotorye problemy souchastiia osobogo roda sui generis po UK RF [Some problems of complicity of a special kind (*sui generis*) under the Criminal Code of the Russian Federation]. *Ugolovnoe pravo: strategii razvitiia v XXI veke [Criminal Law: Development Strategy in the XXI Century]. Proceedings of the XV International Scientific and Practical Conference (Moscow, 25—26 January, 2018)*. Moscow. 2018.

В. А. Канашевский*

БАНКОВСКАЯ ТАЙНА И ИСПОЛЬЗОВАНИЕ БАНКАМИ УСЛУГ АУТСОРСИНГА ИНФОРМАЦИОННОЙ БЕЗОПАСНОСТИ

Аннотация. Автор исследует юридические аспекты сохранения режима банковской тайны при предоставлении услуг аутсорсинга информационной безопасности. В статье делается вывод, что сведения, относящиеся к банковской тайне, могут быть переданы третьему лицу, в том числе лицу, оказывающему услуги аутсорсинга информационной безопасности, при условии, что кредитная организация сохраняет контроль за соответствующей инфраструктурой поставщика, и у провайдера аутсорсинговых услуг отсутствует возможность доступа к соответствующим сведениям.

Автором проанализированы нормы российских законов о банковской и коммерческой тайне — о банках и банковской деятельности, о национальной платежной системе, о коммерческой тайне и др., а также положения Стандарта Банка России СТО БР ИББС-1.4-2018, посвященного вопросам управления риском нарушения информационной безопасности при аутсорсинге. В процессе исследования установлено, что Стандарт СТО БР ИББС-1.4-2018 де-факто позволяет передавать на аутсорсинг поставщикам услуг (т.е. третьим лицам) информацию, относящуюся к банковской тайне, что противоречит действующему законодательству. Для устранения противоречий в российские законы необходимо внести соответствующие изменения.

Ключевые слова: банковская тайна, коммерческая тайна, конфиденциальная информация, аутсорсинг, информационная безопасность, провайдер услуг, локализация, персональные данные, база данных, кредитная организация, финансовая организация, платежная система.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.140.7.092-097

В настоящее время многие кредитные организации в России стремятся сократить расходы на обеспечение своей информационной безопасности (далее — ИБ), в том числе за счет обращения к сторонним организациям, оказывающим услуги аутсорсинга. Под аутсорсингом понимается передача банком по-

ставщику услуг выполнения бизнес-функций банка. При этом допускается передача на аутсорсинг существенных функций в части ИБ, т.е. таких, при выполнении которых осуществляется обработка информации, защищаемой в соответствии с требованиями законодательства РФ¹. При этом к «защищаемой информа-

¹ См.: Стандарт Банка России «СТО БР ИББС-1.4-2018. Обеспечение информационной безопасности организаций банковской системы РФ. Управление риском нарушения информационной безопасности при аутсорсинге. Разд. 3 «Термины и определения» (принят приказом Банка России от 06.03.2018 № ОД-568; вводится в действие с 01.07.2018) // СПС «КонсультантПлюс».

© Канашевский В. А., 2018

Канашевский Владимир Александрович, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

vakanashevsky@msal.ru

125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

ции» относится информация ограниченного доступа, в том числе персональные данные, информация, составляющая банковскую и коммерческую тайну, инсайдерская и другая информация².

Использование услуг аутсорсинга существенных функций в части ИБ (далее также — аутсорсинг ИБ) позволяет кредитным организациям существенно экономить на соответствующем программном обеспечении, инфраструктуре, а также специалистах, ответственных за соответствующую работу. Однако при аутсорсинге ИБ ставится на повестку дня вопрос о защите конфиденциальной информации, в том числе вопрос об обеспечении режима коммерческой и банковской тайны³.

Примерный список защищаемой информации (конфиденциальной информации), приводится, в частности, в рекомендациях Банка России и включает финансовую информацию, информацию о технической и информационной безопасности, внутренние корпоративные документы, банковскую тайну, персональные данные, информацию о кредитной истории, налоговую информацию, тайну страхования и тайну ломбарда, а также иную информацию, признанную финансовой организацией в качестве конфиденциальной⁴. По общему правилу передача третьим лицам (в том числе провайдерам аутсорсинговых услуг) конфиденциальной информации допускается при условии соблюдения ряда требований и ограничений, предусмотренных действующим законодательством и внутренними актами владельцев конфиденциальной информации. Следует также учитывать и требования законодательства РФ о локализации персональных данных и локализации электронных баз данных банков⁵.

При передаче кредитной организацией на аутсорсинг существенных функций в части ИБ особое значение приобретает вопрос о соблюдении требований законодательства РФ о защите банковской тайны. Согласно ст. 857 ГК РФ⁶ и ст. 26 ФЗ «О банках и банковской деятельности» 1990 г. (в ред. от 31.12.2017)⁷ банковская тайна включает в себя следующие категории сведений:

- 1) сведения о счетах и вкладах клиентов и корреспондентов;
- 2) информация об операциях по счетам и вкладам клиентов;
- 3) сведения о самих клиентах;
- 4) иные сведения, устанавливаемые кредитной организацией.

При этом сведения, составляющие банковскую тайну, могут быть предоставлены:

- 1) самим клиентам или их представителям;
- 2) в бюро кредитных историй;
- 3) государственным органам по их запросам;
- 4) головным кредитным организациям и банковским холдингам, расположенным на территориях иностранных государств.

Отметим, что обязанность гарантировать банковскую тайну возложена также на операторов по переводу денежных средств, операторов платежных систем, операторов услуг платежной инфраструктуры и банковских платежных агентов (субагентов) (ст. 26 Федерального закона от 27.06.2011 № 161-ФЗ «О национальной платежной системе», в ред. от 18.07.2017⁸). Кроме того, согласно п. 12 ст. 16 Закона «О национальной платежной системе» начиная с 1 июля 2016 г. банки и другие финансовые организации не вправе передавать на территорию иностранного государства информацию по любому внутреннему переводу денежных средств (а эта информация также относится к банковской тайне).

² См.: СТО БР ИББС-1.4-2018. Разд. «Введение».

³ См.: Хорват О., Севастьянова Ю. Аутсорсинг и аутстаффинг в банке — экономический эффект или социальные и налоговые риски? // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Примерный состав категорий информации, рекомендуемых для включения в класс «информация конфиденциального характера», содержится, в частности, в Приложении А (справочное) к Рекомендациям Банка России в области стандартизации РС БР ИББС-2.9-2016 «Обеспечение информационной безопасности организаций банковской системы РФ. Предотвращение утечек информации» // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ См.: Канашевский В. А. Об обязательном хранении информации на территории России (требование локализации) // Международное публичное и частное право. 2017. № 6.

⁶ СЗ РФ. 1996. № 5. Ст. 410.

⁷ СЗ РФ. 1996. № 6. Ст. 492.

⁸ СЗ РФ. 2011. № 27. Ст. 3872.

Законодательство предусматривает административную⁹, уголовную¹⁰ и гражданско-правовую ответственность за разглашение банковской тайны. Так, согласно ст. 857 ГК РФ за разглашение банком сведений, составляющих банковскую тайну, клиент вправе потребовать от банка возмещения причиненных убытков.

Отметим, что под термином «банковская тайна» (ст. 857 ГК РФ, ст. 26 Закона «О банках и банковской деятельности», ст. 26 Закона «О национальной платежной системе») по аналогии с Федеральным законом от 29.07.2004 № 98-ФЗ «О коммерческой тайне» (в ред. от 12.03.2014)¹¹ следует понимать не сами сведения (информацию), но определенный режим конфиденциальности информации, который должен быть установлен финансовой организацией. В частности, согласно ст. 10 Закона «О коммерческой тайне» обладатель конфиденциальной информации должен предпринять следующие меры по обеспечению конфиденциальности сведений: определить перечень конфиденциальной информации; установить порядок обращения с этой информацией (принять внутреннее положение о защите такой информации); определить лиц, допущенных к информации, и закрепить соответствующие обязательства в трудовых договорах и договорах с контрагентами; маркировать материальные носители (документы) грифом «коммерческая тайна». Сложность указанных процедур приводит к их несоблюдению на практике, в результате чего соответствующая информация не приобретает статус «информации, составляющей коммерческую тайну» и не получает предусмотренных российским законодательством гарантий защиты (например, не позволяет взыскать убытки с контрагента по договору за разглашение такой информации)¹². Сложности также заключаются в процедуре доказывания как самого факта распространения конфиденциальной

информации конкретным лицом (лицами), так и размера причиненных таким распространением убытков. Этими очевидными обстоятельствами объясняется практически полное отсутствие в российской судебной практике решений о присуждении убытков по данной категории дел.

Отдельно стоит высказаться по вопросу о соотношении банковской тайны и коммерческой тайны. В соответствии с Федеральным законом «О коммерческой тайне» к информации, составляющей коммерческую тайну, относятся сведения, которые имеют действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу их неизвестности третьим лицам, в отношении которых обладателем введен режим коммерческой тайны, а именно — сведения о результатах интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере, сведения о способах осуществления профессиональной деятельности, иные сведения (ст. 3). Таким образом, сведения, относящиеся к коммерческой тайне, шире, чем те, которые составляют банковскую тайну. Кроме того, как верно отмечается в литературе, «банковская тайна возникает в силу закона вне зависимости от волеизъявления субъектов отношений по поводу ее охраны. Напротив, информация приобретает статус коммерческой тайны после одностороннего объявления ее коммерческой тайной. В отношении банковской тайны закон устанавливает ее содержание, субъектов, порядок предоставления. В то же время... объем информации, относящейся к коммерческой тайне, устанавливается организацией самостоятельно, так же, как и круг лиц, обладающих доступом к охраняемым сведениям». И далее: «Для лица, осуществляющего охрану (коммерческой. — В. К.) тайны, существует позитивный экономический стимул. Для банка осуществление охраны банковской тайны имеет лишь негативный стимул в виде ответственности за ее разглашение»¹³.

⁹ Разглашение информации, доступ к которой ограничен федеральным законом, наказывается штрафом — на граждан до 1 тыс. руб.; на должностных лиц — до 5 тыс. руб. (ст. 13.14 КоАП РФ).

¹⁰ Незаконное разглашение или использование сведений, составляющих коммерческую, налоговую или банковскую тайну, без согласия их владельца лицом, которому она была доверена или стала известна по службе или работе, наказывается штрафом в размере до 1 млн руб., либо исправительными работами на срок до 2 лет, либо лишением свободы до 3 лет (п. 3 ст. 183 УК РФ).

¹¹ СЗ РФ. 2004. № 32. Ст. 3283.

¹² См., например: постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 25.04.2012 № 07АП-2839/12 по делу № А27-12862/2011 // СПС «КонсультантПлюс».

¹³ Селивановский А. С. Банковская тайна: состояние и проблемы // URL: http://www.selivanovsky.ru/pages/bankovskaya_tajna/.

Относительно возможности передачи сведений, относящихся к банковской тайне, на аутсорсинг существуют два противоположных мнения. Согласно распространенной точке зрения такие сведения не могут быть переданы третьему лицу (в том числе лицу, оказывающему услуги аутсорсинга ИБ), поскольку формально нарушаются требования ст. 857 ГК РФ. Однако существует другая, более обоснованная позиция: сведения, относящиеся к банковской тайне, могут быть переданы на аутсорсинг, если: 1) кредитная организация сохраняет контроль за соответствующей инфраструктурой поставщика¹⁴ и 2) у провайдера аутсорсинговых услуг отсутствует возможность доступа к соответствующим сведениям. Таким образом, в результате такой передачи «разглашения» банковской тайны «третьему лицу» не происходит.

Подтверждением последней точки зрения являются следующие аргументы:

- 1) согласно Стандарту СТО БР ИББС-1.4-2018 передача на аутсорсинг существенных функций ИБ не рассматривается как раскрытие банковской тайны третьим лицам;
- 2) существующая практика передачи банками на аутсорсинг АБС¹⁵, которые обрабатывают информацию, составляющую банковскую тайну, в сочетании с отсутствием фактов привлечения банков и (или) их сотрудников к ответственности по ст. 183 УК РФ и ст. 857 ГК РФ (возмещение убытков) за разглашение банковской тайны при ее передаче провайдерам аутсорсинговых услуг (т.е. третьим лицам).

Более того, согласно Стандарту СТО БР ИББС-1.4-2018 допускается передача на аутсорсинг функций, связанных с хранением и обработкой информации, в том числе на внешних центрах обработки данных и облачных сервисах (облачных служб). Указанный Стандарт прямо допускает возможность аутсорсинга бизнес-функ-

ций, при выполнении которых осуществляется обработка защищаемой информации¹⁶ (в том числе сведений, относящихся к банковской тайне).

Таким образом, Стандарт Банка России СТО БР ИББС-1.4-2018 де-факто позволяет передавать на аутсорсинг поставщикам услуг (т.е. третьим лицам) информацию, относящуюся к банковской тайне. При этом в самом стандарте указывается, что при аутсорсинге возникает риск бесконтрольного несанкционированного доступа к защищаемой информации лиц, не являющихся работниками банка, а также риск несоблюдения требований законодательства РФ в части обеспечения режима защиты банковской тайны¹⁷. Подчеркнем, что практика передачи банками на аутсорсинг сведений, относящихся к банковской тайне, противоречит действующему законодательству (ст. 857 ГК РФ и ст. 26 Закона «О банках и банковской деятельности», ст. 26 Закона «О национальной платежной системе»). Указанный Стандарт выходит за пределы зоны компетенции Банка России, определенной законодательством России. Для устранения противоречий в соответствующие российские законы необходимо внести изменения, позволяющие финансовым организациям передавать на аутсорсинг в том числе сведения, относящиеся к банковской тайне.

Более того, как указывается в литературе, конструкция самой ст. 26 Закона «О банках и банковской деятельности» допускает указание на недопустимость разглашения сведений и ответственность лиц, которые напрямую не поименованы в качестве субъектов банковской тайны, — аудиторских и иных организаций, операторов платежных систем, операционных центров, платежных клиринговых центров, что косвенно указывает на право таких лиц на доступ к соответствующей информации, порядок доступа к которой не определен¹⁸.

¹⁴ Правда, при этом такая передача не охватывается понятием «аутсорсинг ИБ» согласно Стандарту СТО БР ИББС-1.4-2018. Указанный Стандарт под аутсорсингом ИБ понимает «передачу полностью выполнения бизнес-функций поставщику услуг, без участия в реализации указанных бизнес-функций работников организации банковского сектора» (разд. 3 «Термины и определения»).

¹⁵ АБС — автоматизированная банковская система. О практике передачи на полный или частичный аутсорсинг АБС см., например: Аутсорсинг инфраструктуры банковских систем и информационная безопасность: опыт ЦФТ // URL: <http://kbrbank.ru/outsourcing-infrastructure-bankovskih-sistem-i/>.

¹⁶ См.: Стандарт СТО БР ИББС-1.4-2018. Введение и п. 6.2.

¹⁷ См.: Стандарт СТО БР ИББС-1.4-2018. Введение.

¹⁸ См.: *Гронин Д. П.* От банковской тайны к финансовой тайне // URL: <http://xn----7sbbaj7auwnffhk.xn--p1ai/article/2482>.

В этих условиях нелогичным выглядит положение Стандарта СТО БР ИББС-1.4-2018, предусматривающее «возможность аутсорсинга только в случае соблюдения требований законодательства РФ в области... информации, составляющей банковскую тайну...»¹⁹. Статья 857 ГК РФ устанавливает круг лиц, которым могут быть переданы сведения, относящиеся к банковской тайне, к которым не относятся поставщики услуг аутсорсинга. Соответственно, согласно российским законам информация, относящаяся к банковской тайне, не может быть передана на аутсорсинг в принципе, что противоречит смыслу стандарта.

Стандарт СТО БР ИББС-1.4-2018 рекомендует финансовым организациям применять организационные меры и технические средства, реализующие контроль доступа работников поставщика услуг и иных лиц к защищаемой информации, а также информационным (автоматизированным) системам, ее обрабатывающим. Для поставщиков облачных услуг важным является следующая рекомендация: обязательное сохранение за финансовой организацией функций управления предоставлением доступа к защищаемой информации, а при технической невозможности (например, при использовании облачных вычислений по модели SaaS²⁰) контроль выполнения функций по управлению предоставлением доступа к защищаемой информации поставщиком услуг²¹. Таким образом, если будут предприняты меры, делающие доступ поставщика услуг к сведениям, составляющим банковскую тайну, технически и организационно невозможным, «передача» таких сведений поставщику не происходит.

Согласно Стандарту организация банковской системы РФ должна определить критерии, в том числе основанные на законодательстве РФ о лицензировании отдельных видов деятельности, которые должны использоваться для оценки способности и потенциала поставщика услуг эффективно и качественно обеспечить ИБ при предоставлении услуги по аутсорсингу существенных функций, в том числе обеспечить защиту информации в соответствии с требованиями законодательства РФ. В случае несоответствия поставщика услуг определен-

ным критериям ему не могут передаваться на выполнение существенные функции²². Представляется, что наличие лицензий у поставщика услуг в качестве предпосылки для осуществления аутсорсинга ИБ должно быть исключено из требований Стандарта с тем, чтобы позволить зарубежным поставщикам оказывать соответствующие услуги аутсорсинга российским банкам. Такой подход будет способствовать внедрению лучших зарубежных практик и повышению конкурентоспособности отечественной банковской системы. Учитывая рекомендательный характер Стандарта, мы не склонны рассматривать требование наличия лицензий у поставщиков в качестве императивного запрета для российских банков использовать аутсорсинговые услуги зарубежных провайдеров, не имеющих соответствующие лицензии.

Согласно Стандарту «трансграничная передача информации, составляющей банковскую тайну, допускается в обезличенной обобщенной (агрегированной) форме, за исключением случаев, установленных законодательством РФ»²³. С формально юридической точки зрения это правило Стандарта противоречит законодательству России: в частности, п. 12 ст. 16 Закона «О национальной платежной системе» не допускает передачи информации по любому внутреннему переводу денежных средств на территорию иностранного государства, тогда как к банковской тайне относится в том числе информация об операциях по счетам и вкладам клиентов. Однако сто́ит приветствовать закрепление данного правила в Стандарте как разумного и практически ориентированного. Кроме того, данное положение Стандарта может рассматриваться в качестве косвенного разрешения банкам использовать услуги аутсорсинга зарубежных поставщиков.

Широкое внедрение услуг аутсорсинга ИБ в банковском секторе позволит повысить обеспечение конфиденциальности информации (в том числе сведений, относящихся к банковской тайне), поскольку оказанием соответствующих услуг смогут заниматься специализированные организации, имеющие необходимый опыт. Кроме того, данная практика позволит

¹⁹ См.: Стандарт СТО БР ИББС-1.4-2018. П. 6.2.

²⁰ Одним из традиционных способов организации предоставления облачных услуг является «программное обеспечение как услуга» (SaaS, Software-as-a-Service).

²¹ См.: Стандарт СТО БР ИББС-1.4-2018. П. 6.4.

²² См.: Стандарт СТО БР ИББС-1.4-2018. П. 6.5.

²³ См.: Стандарт СТО БР ИББС-1.4-2018. П. 6.9.

банкам (особенно небольшим) существенно сэкономить на обеспечении ИБ. Несомненно, что принятие и введение в действие Стандарта СТО БР ИББС-1.4-2018 позволит упорядочить процесс оказания банкам услуг аутсорсинга

ИБ. Вместе с тем для полноценной имплементации указанного Стандарта требуется внести изменения в законодательство о банковской тайне и разрешить передачу соответствующих сведений провайдерам услуг аутсорсинга ИБ.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Гронин Д. П. От банковской тайны к финансовой тайне // URL: <http://xn--7sbbaj7auwnffhk.xn--p1ai/article/2482>.
2. Канашевский В. А. Об обязательном хранении информации на территории России (требование локализации) // Международное публичное и частное право. — 2017. — № 6.
3. Селивановский А. С. Банковская тайна: состояние и проблемы // URL: http://www.selivanovsky.ru/pages/bankovskaya_tajna/.
4. Хорват О., Севастьянова Ю. Аутсорсинг и аутстаффинг в банке — экономический эффект или социальные и налоговые риски? // СПС «КонсультантПлюс».

Материал поступил в редакцию 18 февраля 2018 г.

BANK SECRECY AND EMPLOYMENT OF DATA SECURITY OUTSOURCING

KANASHEVSKIY Vladimir Aleksandrovich — Doctor of Law, Professor, Professor of the Department of Private International Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
vakanashevsky@msal.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The author explores the legal aspects of the preservation of the bank secrecy regime in the provision of outsourcing services for data security. The article concludes that the information pertaining to banking secrecy, may be transferred to a third party, including the party that provides outsourcing services for information security, provided that the credit institution maintains control over the relevant provider's infrastructure and the provider of outsourcing services lacks possibility of access the relevant information.*

The author analyzes the norms of the Russian laws on banking and commercial secrecy, i.e. on banks and banking activities, on the national payment system, on commercial secrets, etc., and also provisions of the Standard of the Bank of Russia STO BR IBBS-1.4-2018, and focuses on managing risks to data security when outsourcing. During the research it is established that the Standard STO BR IBBS-1.4-2018 de facto allows you to outsource data relating to bank secrecy to service providers (i.e. third parties), which contradicts the current legislation. To address inconsistencies in Russian laws it is necessary to make appropriate changes.

Keywords: *bank secrecy, trade secrets, confidential information, outsourcing, IT security, service provider, location, personal data, database, credit institution, financial institution, payment system.*

REFERENCES

1. Gronin D. P. *Ot bankovskoy tayny k finansovoy tayne* [From banking secrecy to the financial secret]. URL: <http://xn--7sbbaj7auwnffhk.xn--p1ai/article/2482>.
2. Kanashevskiy V. A. *Ob obyazatel'nom khranenii informatsii na territorii Rossii (trebovanie lokalizatsii)* [The compulsory storage of information on the territory of Russia (the localization requirement)]. *Mezhdunarodnoe publichnoe i chastnoe parvo* [International public and private law. 2017]. No. 6.
3. Selivanovskiy S. A. *Bankovskaya tayna: sostoyanie i problemy* [Bank secrecy: the state and problems]. URL: http://www.selivanovsky.ru/pages/bankovskaya_tajna/
4. Khorvat O., Sevastyanova Yu. *Autsorsing i autstaffing v banke — ekonomicheskiy effekt ili sotsialnye i nalogovye riski* [Outsourcing and outstaffing in a bank — the economic effect or social and tax risks?]. Legal reference system “Konsultant Plus.” [Electronic resource]. «KonsultantPlus», 2014.

С. Б. Мартыненко*

К ВОПРОСУ ОБ ЭВОЛЮЦИИ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОЙ ПРОВЕРКИ СООБЩЕНИЙ О ПРЕСТУПЛЕНИИ

Аннотация. В статье рассматриваются ключевые моменты и выделяются основные тенденции уголовно-процессуального регулирования предварительной проверки сообщений о преступлении как наиболее содержательного и длительного этапа стадии возбуждения уголовного дела. Такими тенденциями являются расширение временных границ и круга способов указанной проверки, а также сферы действия в стадии возбуждения уголовного дела принципа охраны прав и свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве (ст. 11 УПК РФ). Автором отслеживается хронология и анализируется динамика развития законодательной регламентации в действующем УПК РФ способов и сроков проведения предварительной проверки, а также правового положения ее участников. На данной основе в статье формулируются предложения по совершенствованию нормативного регулирования общественных отношений в указанной области, прежде всего посредством внесения изменений и дополнений в ст. 144 УПК РФ. При этом автор считает в принципе допустимым производство в стадии возбуждения уголовного дела любых процессуальных, в том числе и следственных, действий при условии установления в УПК РФ: 1) надлежащей законодательной регламентации порядка производства соответствующих действий; 2) разумных сроков их производства; 3) запрета на применение процессуального принуждения в отношении граждан, а также руководителей и представителей негосударственных структур, вовлекаемых в проведение предварительной проверки; 4) надежных процессуальных гарантий обеспечения прав и законных интересов участников указанной проверки.

Ключевые слова: стадия уголовного судопроизводства, возбуждение уголовного дела, предварительная проверка сообщений о преступлении, способы предварительной проверки, сроки предварительной проверки, процессуальное положение участников предварительной проверки.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.140.7.098-113

Предварительная проверка сообщений о преступлении (далее — предварительная проверка) представляет собой центральный, наиболее емкий и продолжительный этап стадии возбуждения уголовного дела, включающий в себя комплекс процессуальных

действий и решений, направленных на установление наличия или отсутствия фактических и юридических оснований для дальнейшего производства по возбужденному уголовному делу. Указанные действия иначе можно назвать способами предварительной проверки,

© Мартыненко С. Б., 2018

* Мартыненко Сергей Борисович, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовного права и уголовного процесса Санкт-Петербургского государственного архитектурно-строительного университета

martyncomorder@mail.ru

190005, Россия, г. Санкт-Петербург, 2-я Красноармейская ул., д. 4

и именно они составляют основное ее содержание¹.

Возбуждение уголовного дела — это единственная стадия уголовного судопроизводства, в которой уголовное дело как таковое еще отсутствует, и основное назначение предварительной проверки как раз и состоит в обеспечении обоснованного принятия одного из двух альтернативных процессуальных решений: о возбуждении либо об отказе в возбуждении уголовного дела (ст. 145—148 УПК РФ).

По справедливому утверждению О. В. Волколуп, предварительная проверка является сутью, основой стадии возбуждения уголовного дела².

В этой связи несостоятельными представляются суждения отдельных ученых-процессуалистов о возможности принятия решения о возбуждении или об отказе в возбуждении уголовного дела при наличии одного лишь сообщения о преступлении без проведения его

предварительной проверки³, поскольку ч. 1 ст. 144 УПК РФ дознавателю, органу дознания, следователю, руководителю следственного органа прямо предписывает **проверить** сообщение о любом преступлении. Таким образом, в отличие от положения, закрепленного в ч. 1 ст. 109 УПК РСФСР, согласно которому процессуальные органы обязаны были принимать решения по заявлениям и сообщениям о преступлении, при этом о необходимости их проверки умалчивалось, в соответствии с действующим УПК РФ предварительная проверка во всех случаях является обязательной⁴.

В уголовно-процессуальной литературе постоянно обращалось внимание на несовершенство законодательной регламентации способов предварительной проверки, а также указывалось на необходимость расширения их круга в УПК РФ⁵. Очевидно, что высказываемые учеными-процессуалистами идеи оказывали и продолжают оказывать влияние на

¹ Автор настоящей статьи придерживается мнения о том, что под способами предварительной проверки необходимо понимать только процессуальные, т.е. предусмотренные УПК РФ, в том числе и следственные, действия (п. 32 ст. 5 УПК РФ). Непроцессуальные же действия, мероприятия и процедуры (документальные и прочие проверки, ревизии, инвентаризации, исследования различных объектов, не имеющие статуса судебной экспертизы, административные производства, оперативно-розыскные мероприятия и т.д.), проводимые до возбуждения уголовного дела, в уголовном судопроизводстве следует рассматривать исключительно с точки зрения законодательного регулирования их инициирования и (или) получения их результатов для использования таковых в ходе предварительной проверки. Иначе говоря, способами предварительной проверки служат не сами указанные действия, мероприятия и процедуры, а их инициирование и (или) получение их результатов, предусмотренные ст. 144 УПК РФ в качестве соответствующих процессуальных действий (требование производства документальных проверок, ревизий, исследований документов, предметов, трупов; дача органу дознания обязательного для исполнения письменного поручения о проведении оперативно-розыскных мероприятий; истребование и изъятие документов и предметов).

² Волколуп О. В. Система уголовного судопроизводства и проблемы ее совершенствования. СПб. : Юридический центр-Пресс, 2003. С. 78.

³ См., например: Сущность и актуальные проблемы стадии возбуждения уголовного дела : монография. 2-е изд., испр. и доп. / отв. ред. И. С. Дикарев. М. : Юрлитинформ, 2012. С. 121 ; Победкин А. В., Бурцев С. Н. Нарушения уголовно-процессуальных норм в деятельности органов дознания, средства их предупреждения и устранения : монография. М. : Юрлитинформ, 2010. С. 82.

⁴ См., например: *Зажичкий В. И.* Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве: теория и практика. СПб. : Юридический центр-Пресс, 2006. С. 192 ; *Марковичева Е. В., Васюков В. Ф.* Проблемные вопросы возбуждения уголовных дел на современном этапе : монография. М. : Проспект, 2016. С. 37 ; *Рыжаков А. П.* Возбуждение и отказ в возбуждении уголовного дела : научно-практическое руководство. М. : Экзамен, 2007. С. 96 ; *Химичева Г. П., Мичурина О. В., Химичева О. В., Мичурина В. С.* Проблемы нарушений уголовно-процессуальных норм при возбуждении и прекращении уголовных дел, способы их устранения : монография. М., 2004. С. 73.

⁵ См., например: Волколуп О. В. Указ. соч. С. 81—91 ; Сущность и актуальные проблемы стадии возбуждения уголовного дела. С. 193—205 ; *Зажичкий В. И.* Указ. соч. С. 192—194 ; *Победкин А. В., Бурцев С. Н.* Указ. соч. С. 81, 95—102 ; *Химичева Г. П.* Досудебное производство по уголовным делам: концепция совершенствования уголовно-процессуальной деятельности : монография. М. : Экзамен, 2003. С. 130—141 ; *Химичева Г. П., Мичурина О. В., Химичева О. В., Мичурина В. С.* Указ. соч. С. 79—80.

законодателя, поскольку институт предварительной проверки постоянно эволюционирует соответствующим образом.

Так, производство осмотра места происшествия, освидетельствования и назначение судебной экспертизы до принятия решения о возбуждении уголовного дела были предусмотрены УПК РФ в его первоначальной редакции. Однако получилось это у законодателя не совсем удачно. Во-первых, в уголовно-процессуальном законе не содержалось прямого указания на возможность производства этих следственных действий в ходе предварительной проверки. При этом в ч. 4 ст. 146 УПК РФ, регламентирующей возбуждение уголовного дела публичного обвинения, осмотр места происшествия, освидетельствование и назначение судебной экспертизы были заключены в скобки, упоминалось о них как бы между прочим, вскользь — в контексте требования о представлении материалов предварительной проверки вместе с постановлением о возбуждении уголовного дела прокурору для принятия им решения о даче согласия на возбуждение уголовного дела. Во-вторых, в ч. 2 ст. 176 УПК РФ, посвященной основаниям производства осмотра, содержалось указание на возможность проведения осмотра места происшествия до возбуждения уголовного дела в случаях, не терпящих отлагательства. При этом в нормах уголовно-процессуального закона, регламентирующих порядок производства освидетельствования (ст. 179 УПК РФ), а также порядок назначения и производства судебной экспертизы (гл. 27 УПК РФ), указание на допустимость проведения данных следственных действий до возбуждения уголовного дела отсутствовало. Такое несуразное законодательное регулирование обусловило разноречивой в соответствующей правоприменительной практике и вызвало противоречивые мнения

ученых относительно как самой возможности, так и порядка назначения и производства судебной экспертизы, а также производства освидетельствования в ходе предварительной проверки⁶. В данной связи А. В. Победкиным и С. Н. Бурцевым было высказано оригинальное и заслуживающее внимания суждение, сводящееся к тому, что предназначением рассматриваемых следственных действий, по замыслу законодателя, являлось не установление оснований для возбуждения уголовного дела, а закрепление следов преступления и установления лица, его совершившего⁷.

Указанную дискуссию самым кардинальным образом завершил Федеральный закон от 5 июня 2007 г. № 87-ФЗ⁸, отменивший дачу прокурором согласия на возбуждение уголовного дела. Часть 4 ст. 146 УПК РФ была изложена в этом Федеральном законе в новой редакции, уже не упоминавшей ни назначения судебной экспертизы, ни производства освидетельствования. При этом указанные следственные действия как способы предварительной проверки не были предусмотрены также ни в одной из других статей УПК РФ. В результате, как отмечала Е. А. Зайцева, правоприменительная практика оказалась отброшенной назад на десятилетия⁹.

Федеральный закон от 2 декабря 2008 г. № 226-ФЗ¹⁰ установил в ч. 4 ст. 178 УПК РФ допустимость производства осмотра трупа до возбуждения уголовного дела при необходимости, а также возможность производства освидетельствования до возбуждения уголовного дела в случаях, не терпящих отлагательства, в ч. 1 ст. 179 УПК РФ. При этом представлялось целесообразным указать на возможность проведения указанных следственных действий также и в разд. VII УПК РФ, специально посвященном регулированию производства в стадии возбуждения уголовного дела, и прежде

⁶ См., например: Волколуп О. В. Указ. соч. С. 84—85 ; Зажицкий В. И. Указ. соч. С. 192—193 ; Некрасова С. В., Кесарева Т. П. Правовые вопросы возбуждения уголовного дела и предварительного расследования : учебно-методическое пособие. М. : Юрлитинформ, 2006. С. 10 ; Рыжаков А. П. Указ. соч. С. 101—102 ; Сущность и актуальные проблемы стадии возбуждения уголовного дела. С. 198—200 ; Химичева Г. П. Указ. соч. С. 132—133.

⁷ Победкин А. В., Бурцев С. Н. Указ. соч. С. 99.

⁸ Федеральный закон от 5 июня 2007 г. № 87-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и Федеральный закон «О прокуратуре Российской Федерации» // СЗ РФ. 2007. № 24. Ст. 2830.

⁹ Сущность и актуальные проблемы стадии возбуждения уголовного дела. С. 198.

¹⁰ Федеральный закон от 2 декабря 2008 г. № 226-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» // СЗ РФ. 2008. № 49. Ст. 5724.

всего в ст. 144. Однако никакого упоминания о производстве осмотра трупа и освидетельствования как о способах предварительной проверки в указанном разделе УПК РФ вплоть до 2013 г. так не появилось.

Федеральным законом от 4 июля 2003 г. № 92-ФЗ¹¹ в ч. 1 ст. 144 УПК РФ было предусмотрено правомочие органов и должностных лиц, рассматривающих сообщение о преступлении, требовать производства документальных проверок, ревизий и привлекать к участию в них специалистов. Этим же Федеральным законом в ч. 3 ст. 144 УПК РФ была установлена возможность продления срока предварительной проверки до 30 суток при необходимости проведения документальных проверок или ревизий.

Федеральный закон от 9 марта 2010 г. № 19-ФЗ¹² дополнительно предусмотрел правомочие органов и должностных лиц, рассматривающих сообщение о преступлении, требовать производства исследований документов, предметов и трупов с привлечением к участию в этих исследованиях специалистов (ч. 1 ст. 144 УПК РФ), а также установил возможность продления срока предварительной проверки до 30 суток при необходимости проведения указанных исследований (ч. 3 ст. 144 УПК РФ).

Нормы, введенные в УПК РФ двумя последними федеральными законами, сохранились в нем до настоящего времени.

При этом обращает на себя внимание употребление законодателем слова «требовать» в представленном выше контексте на фоне отсутствия в уголовно-процессуальном законе непосредственного указания на возможность *самого производства* документальных проверок, ревизий, исследований документов, предметов и трупов в стадии возбуждения уголовного дела. Представляется, что законодатель не посчитал возможным прямо закрепить в ст. 144 УПК РФ допустимость проведения указанных проверок, ревизий и исследований в связи с тем, что их производство пред-

ставляет собой непроцессуальные формы применения специальных знаний¹³, пусть и с последующим вхождением их результатов в уголовное судопроизводство. Однако указанная законодательная конструкция может быть истолкована как установление допустимости *исключительно инициирования* указанных действий, *но не самого их производства* в ходе предварительной проверки. Конечно, предусмотренная УПК РФ возможность продления срока предварительной проверки при необходимости производства документальных проверок, ревизий, исследований документов, предметов и трупов предполагает, что их проведение в стадии возбуждения уголовного дела признается законодателем допустимым. Тем не менее более корректным явилось бы закрепление в ст. 144 УПК РФ *не требования о производстве, а самого производства* указанных проверок, ревизий и исследований *по требованию* рассматривающих сообщение о преступлении органов и должностных лиц.

Кроме того, с появлением в уголовно-процессуальном законе указания на допустимость проведения до возбуждения уголовного дела исследований документов и предметов, не имеющих статуса судебной экспертизы, возник резонный вопрос о правовой природе таких исследований.

Так, в частности, профессором Е. А. Зайцевой фактически было предложено понимать под предусмотренными ч. 1 ст. 144 УПК РФ исследованиями документов и предметов как одноименное оперативно-розыскное мероприятие, указанное в п. 5 ч. 1 ст. 6 Федерального закона от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности»¹⁴, так и иные предварительные непроцессуальные исследования, проведение которых в стадии возбуждения уголовного дела регламентируется не уголовно-процессуальным законом, а нормативными актами различных силовых ведомств, включающих в свою структуру экспертные службы¹⁵. Высказывая данную точку

¹¹ Федеральный закон от 4 июля 2003 г. № 92-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» // СЗ РФ. 2003. № 27. Ст. 2706.

¹² Федеральный закон от 9 марта 2010 г. № 19-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» // СЗ РФ. 2010. № 11. Ст. 1168.

¹³ См., например: Сущность и актуальные проблемы стадии возбуждения уголовного дела. С. 169—174; Кожокарь В. В. Возбуждение уголовного дела: вопросы теории и практики : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2016. С. 141—148.

¹⁴ СЗ РФ. 1995. № 33. Ст. 3349.

¹⁵ Сущность и актуальные проблемы стадии возбуждения уголовного дела. С. 174—175.

зрения, профессор Е. А. Зайцева апеллировала в том числе к Наставлению по организации экспертно-криминалистической деятельности в системе МВД России, утвержденному приказом МВД России от 11 января 2009 г. № 7¹⁶.

Разделяя изложенную выше научную позицию, считаем необходимым подчеркнуть, что положения УПК РФ, подобные анализируемому нами, во избежание разнообразия их доктринальных толкований и несоответствующей законотворческому замыслу практики их применения как минимум должны разъясняться легально, например посредством бланкетных уголовно-процессуальных норм, отсылающих правоприменителя к другим законам и иным нормативным актам.

В качестве одного из возможных вариантов разрешения указанных выше проблем можно рассмотреть дополнение ст. 144 УПК РФ следующим положением: «Производство до возбуждения уголовного дела документальных проверок, ревизий, исследований документов, предметов, трупов по требованию дознавателя, органа дознания, следователя, руководителя следственного органа осуществляется в порядке, установленном нормативными правовыми актами соответствующих министерств и ведомств, регламентирующими указанную деятельность».

Как максимум проведение в стадии возбуждения уголовного дела исследований, не имеющих статуса ни судебной экспертизы, ни соответствующего оперативно-розыскного мероприятия, заслуживает детальной законодательной регламентации в качестве самостоятельного процессуального действия, производство которого допускается в ходе предварительной проверки¹⁷. При этом такая регламентация должна охватывать основания и процессуальный порядок назначения и производства исследований документов и предметов, правила фиксации в соответствующих процессуальных документах хода, содержания и результатов этих исследований, права и обя-

занности субъектов, назначающих и проводящих такие исследования, а также иных участников стадии возбуждения уголовного дела, заинтересованных в их результатах.

Кроме того, Е. А. Зайцевой обоснованно было обращено внимание на некорректное употребление законодателем термина «специалисты» в контексте их привлечения к участию в исследованиях предметов и документов в стадии возбуждения уголовного дела, поскольку деятельность специалиста, в отличие от деятельности эксперта, в уголовном судопроизводстве не предполагает проведения каких-либо исследований¹⁸ (ч. 3 ст. 80, ст. 57, ч. 1 ст. 58, ч. 2 ст. 201, ст. 204 УПК РФ). В связи с этим указанным автором было предложено заменить слово «специалистов» в ч. 1 ст. 144 УПК РФ словами «сведущих лиц»¹⁹.

Федеральный закон от 28 декабря 2010 г. № 404-ФЗ²⁰ закрепил в ч. 1 ст. 144 УПК РФ правомочие дознавателя, органа дознания, следователя, руководителя следственного органа давать органу дознания обязательное для исполнения письменное поручение о проведении оперативно-розыскных мероприятий. Помимо этого, указанным Федеральным законом в ч. 3 ст. 7 Федерального закона от 12.08.1995 № 144-ФЗ в качестве одного из оснований проведения оперативно-розыскных мероприятий были предусмотрены поручения следователя, руководителя следственного органа, дознавателя, органа дознания по материалам проверки сообщений о преступлении, находящимся в их производстве.

Таким образом, в указанных правовых нормах, сохранивших свое действие до настоящего времени, законодателем впервые была предпринята попытка отделить уголовно-процессуальную деятельность в стадии возбуждения уголовного дела от оперативно-розыскной, причем как содержательно (предметно), так и субъектно. На целесообразность такого законодательного подхода к регламентации уголовно-процессуальной и оперативно-розыскной деятельности в стадии возбуждения

¹⁶ СПС «КонсультантПлюс». Документ опубликован не был.

¹⁷ В таком случае из предложенного выше законодательного положения необходимо будет исключить упоминание о производстве исследований документов, предметов, трупов.

¹⁸ См.: Сущность и актуальные проблемы стадии возбуждения уголовного дела. С. 174—188.

¹⁹ См.: Сущность и актуальные проблемы стадии возбуждения уголовного дела. С. 187.

²⁰ Федеральный закон от 28 декабря 2010 г. № 404-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием деятельности органов предварительного следствия» // СЗ РФ. 2011. № 1. Ст. 16.

уголовного дела автором настоящей статьи обращалось внимание еще в 2008 г.²¹ При этом стало возможным говорить не только об оперативно-розыском сопровождении (обеспечении) предварительного расследования и судебного разбирательства, но и об оперативно-розыском сопровождении (обеспечении) предварительной проверки.

Вместе с тем содержащееся в ст. 1 ст. 144 УПК РФ законодательное установление правомочия дознавателя и органа дознания давать поручение о проведении оперативно-розыскных мероприятий органу дознания, т.е. в первом случае — вышестоящей в процессуальной иерархии инстанции, а во втором — вообще самому себе представляется абсурдным и вызывает недоумение.

В связи с этим думается, что давно назрела необходимость отказаться в УПК РФ от лукавой формулировки «орган дознания», фактически включающей в себя все службы и подразделения государственных структур, перечисленных в ч. 1 ст. 40 УПК РФ, в том числе и органов исполнительной власти, наделенных в соответствии с ч. 1 ст. 13 Федерального закона от 12 мая 1995 г. № 144-ФЗ полномочиями по осуществлению оперативно-розыскной деятельности, и ввести в уголовно-процессуальный оборот наряду с понятием «начальник подразделения дознания» (ст. 40.1 УПК РФ) понятия «подразделение дознания» и «оперативно-розыскное подразделение».

Кроме того, поддерживая высказанную в литературе научную позицию о том, что, «если лицо проводило или проводит по данному факту оперативно-розыскные мероприятия, то оно не вправе проводить проверку сообщений о преступлении и любые другие процессуальные действия»²², предлагаем дополнить ст. 144 УПК РФ частью 1.3. следующего содержания: «Не допускается возложение полномочий по проведению проверки сообщений о преступлении на то лицо, которое проводило или проводит по фактам, изложенным в дан-

ном сообщении, оперативно-розыскные мероприятия» — по аналогии с ч. 2 ст. 41 УПК РФ.

Восприятие законодателем указанных предложений позволит четко разграничить компетенцию различных служб и подразделений так называемого «органа дознания» по осуществлению уголовно-процессуальной и оперативно-розыскной деятельности, в том числе и в ходе предварительной проверки.

Федеральный закон от 4 марта 2013 г. № 23-ФЗ²³, во-первых, наконец-то аккумулировал способы предварительной проверки в наиболее подходящей для этого ч. 1 ст. 144 УПК РФ, во-вторых, достаточно существенно расширил их круг.

Так, возможность производства осмотра места происшествия, трупа и освидетельствования в стадии возбуждения уголовного дела была закреплена не только в уголовно-процессуальных нормах, регламентирующих производство данных следственных действий (ч. 2 ст. 176, ч. 4 ст. 178, ч. 1 ст. 179 УПК РФ), но и в ч. 1 ст. 144 УПК РФ. Однако при этом ч. 2 ст. 176 УПК РФ была избавлена от ранее установленного в ней ограничения, допускавшего производство осмотра места происшествия до возбуждения уголовного дела только *в случаях, не терпящих отлагательства*, а из ч. 4 ст. 178 УПК РФ исчезло правило, предусматривавшее, что осмотр трупа до возбуждения уголовного дела может быть произведен только *при необходимости*. Вместе с тем содержащееся в ч. 1 ст. 179 УПК РФ требование о допустимости производства освидетельствования до возбуждения уголовного дела только *в случаях, не терпящих отлагательства*, законодателем было сохранено.

В качестве способов предварительной проверки в действующем УПК РФ вообще и в ч. 1 ст. 144 в частности указанным Федеральным законом впервые были закреплены получение объяснений, получение образцов для сравнительного исследования, истребование документов и предметов, изъятие предме-

²¹ Мартыненко С. Б. Вопросы возбуждения уголовных дел о преступлениях в сфере незаконного оборота наркотиков // Деятельность правоохранительных органов и специальных служб в сфере борьбы с незаконным оборотом наркотиков : материалы научно-практической конференции (18—19 декабря 2008 г.) : в 3 ч. СПб. : СИПК ФСКН России, 2009. Ч. 3 : Раскрытие и расследование преступлений в сфере незаконного оборота наркотиков: состояние, проблемы и перспективы. С. 76—78.

²² Победкин А. В., Бурцев С. Н. Указ. соч. С. 89—90.

²³ Федеральный закон от 4 марта 2013 г. № 23-ФЗ «О внесении изменений в статьи 62 и 303 Уголовного кодекса Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» // СЗ РФ. 2013. № 9. Ст. 875.

тов и документов в порядке, установленном УПК РФ, производство осмотра документов и предметов.

Получение объяснений, предусматривавшееся ч. 2 ст. 109 УПК РСФСР в качестве процессуального действия, допустимого в стадии возбуждения уголовного дела, в действующем УПК РФ вплоть до принятия Федерального закона от 4 марта 2013 г. № 23-ФЗ отражения не нашло. При этом на необходимость закрепления в УПК РФ получения объяснений в качестве способа предварительной проверки достаточно давно указывалось в уголовно-процессуальной литературе²⁴, в том числе и автором настоящей статьи²⁵. Тем не менее даже без соответствующего закрепления в УПК РФ получение объяснений служило на практике наиболее распространенным и эффективным способом проведения предварительной проверки, будучи предусмотренным положениями ряда других законодательных актов, регламентировавших деятельность правоохранительных органов по борьбе с преступностью (п. 4 ст. 11 Закона РФ от 18 апреля 1991 г. № 1026-1²⁶, абз. 5 ч. 1 ст. 53 Федерального закона от 8 января 1998 г. № 3-ФЗ²⁷, п. 4 ч. 1 ст. 7 Федерального закона от 28 декабря 2010 г. № 403-ФЗ²⁸, п. 3 ст. 13 Федерального закона от 7 февраля 2011 г. № 3-ФЗ²⁹ и др.).

Предусматривая Федеральным законом от 4 марта 2013 г. № 23-ФЗ в качестве способов предварительной проверки осмотр документов, предметов и получение образцов для сравнительного исследования, законодатель действовал логически последовательно и системно, установив возможность их проведения в стадии возбуждения уголовного дела как в одной из уголовно-процессуальных норм, регламентирующих данную стадию (ч. 1 ст. 144 УПК РФ), так и в положениях УПК РФ, регулирую-

ющих производство указанных процессуальных действий (ч. 2 ст. 176, ч. 1 ст. 202 УПК РФ).

Помимо этого, указанный Федеральный закон не только вернул в УПК РФ в качестве одного из способов предварительной проверки назначение судебной экспертизы, но и предусмотрел возможность ее проведения в стадии возбуждения уголовного дела с закреплением полномочий органов и должностных лиц, рассматривающих сообщение о преступлении, принимать участие в производстве судебной экспертизы и получать экспертное заключение в разумный срок (ч. 1 ст. 144 УПК РФ).

При этом законодатель закрепил допустимость производства судебной экспертизы до возбуждения уголовного дела и в уголовно-процессуальной норме, регламентирующей рассмотрение сообщений о преступлении (ч. 1 ст. 144 УПК РФ), и в ч. 4 ст. 195 УПК РФ «Порядок назначения судебной экспертизы».

Кроме того, Федеральным законом от 4 марта 2013 г. № 23-ФЗ в ч. 3 ст. 144 УПК РФ была установлена возможность продления срока предварительной проверки до 30 суток при необходимости производства судебных экспертиз и проведения оперативно-розыскных мероприятий.

Такой способ предварительной проверки, как истребование материалов, предусматривавшийся ч. 2 ст. 109 УПК РСФСР, в действующем УПК РФ изначально закреплен не был. И только с принятием Федерального закона от 4.03.2013 № 23-ФЗ в ч. 1 ст. 144 УПК РФ была установлена допустимость истребования документов и предметов в ходе указанной проверки. Однако даже не предусмотренное в действующем УПК РФ достаточно длительное время истребование различных материальных объектов никогда не исчезало из правоприменительной практики и приме-

²⁴ См., например: *Победин А. В., Бурцев С. Н.* Указ. соч. С. 97; *Химичева Г. П.* Указ. соч. С. 141.

²⁵ *Мартыненко С. Б.* Предварительная проверка сообщений о преступлении и некоторые аспекты ее проведения в сфере возбуждения уголовных дел о незаконном обороте наркотиков // Актуальные проблемы выявления и предупреждения незаконного оборота и потребления наркотических средств и психотропных веществ : сборник материалов Всероссийской научно-практической конференции, г. Уфа (23—24 июня 2011 г.) / под общ. ред. З. З. Абубактрова. Уфа : Уф СЗИПК ФСКН России, 2011. С. 234.

²⁶ Закон РФ от 18 апреля 1991 г. № 1026-1 «О милиции» // Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1991. № 16. Ст. 503.

²⁷ Федеральный закон от 8 января 1998 г. № 3-ФЗ «О наркотических средствах и психотропных веществах» // СЗ РФ. 1998. № 2. Ст. 219.

²⁸ Федеральный закон от 28 декабря 2010 г. № 403-ФЗ «О Следственном комитете Российской Федерации» // СЗ РФ. 2011. № 1. Ст. 15.

²⁹ Федеральный закон от 7 февраля 2011 г. № 3-ФЗ «О полиции» // СЗ РФ. 2011. № 7. Ст. 900.

нялось в стадии возбуждения уголовного дела достаточно часто. В данной связи рядом ученых-процессуалистов до издания указанного Федерального закона было высказано мнение о том, что к способам предварительной проверки следует относить предусмотренные ч. 4 ст. 21 «Обязанность осуществления уголовного преследования» УПК РФ требования, поручения и запросы органов предварительного расследования, предъявленные в пределах их полномочий, установленных УПК РФ³⁰. Однако, во-первых, п. 55 ст. 5 УПК РФ связывал и связывает осуществление уголовного преследования с наличием фигур подозреваемого и обвиняемого, которых в стадии возбуждения уголовного дела еще нет³¹. Во-вторых, никаких полномочий указанных органов по направлению требований, поручений и запросов в ходе предварительной проверки УПК РФ в рассматриваемый период не устанавливал³². В настоящее же время исчерпывающий перечень подобных полномочий содержится в ч. 1 ст. 144 УПК РФ. В-третьих, ряд нормативных актов³³ допускал и в настоящее время допускает предоставление определенных категорий сведений правоохранительным органам только по находящимся в их производстве возбужденным уголовным делам³⁴. Таким образом, рассматривать указанные в ч. 4 ст. 21 УПК РФ действия как способы предварительной проверки представлялось (и в настоящее время представляется) бесосновательным.

Вследствие этого нами предлагалось закрепить в УПК РФ истребование документов

и иных материалов в качестве одного из способов предварительной проверки еще задолго до принятия Федерального закона от 4 марта 2013 г. № 23-ФЗ³⁵.

В литературе было отмечено, что получение объяснений, а также истребование документов и предметов в стадии возбуждения уголовного дела не обеспечивается установлением в УПК РФ обязанности граждан и должностных лиц давать объяснения и предоставлять документы и предметы, а также ответственности за ее невыполнение. В связи с этим авторами предлагалось дополнить уголовно-процессуальный закон нормой, обязывающей граждан и должностных лиц давать объяснения и предоставлять документы и предметы органам, проводящим предварительную проверку³⁶. Выступая против процессуального принуждения в стадии возбуждения уголовного дела, о чем более подробно будет сказано далее, мы тем не менее считаем возможным согласиться с указанным предложением, но только в части возложения указанной обязанности на должностных лиц.

Первоначальная редакция ч. 2 ст. 144 УПК РФ, не претерпевшая изменений по существу до наших дней, предусмотрела обязанность редакции, главного редактора средства массовой информации, распространившего сообщение о преступлении, передать по требованию прокурора, следователя или органа дознания документы и материалы, подтверждающие данное сообщение, а также данные о лице, предоставившем указанную информа-

³⁰ См., например, Рыжаков А. П. Указ. соч. С. 97 ; Сущность и актуальные проблемы стадии возбуждения уголовного дела. С. 154—156 ; Химичева Г. П. Указ. соч. С. 138—139.

³¹ Жажицкий В. И. Указ. соч. С. 193.

³² См., например: Сущность и актуальные проблемы стадии возбуждения уголовного дела. С. 155 ; Кожокарь В. В. Указ. соч. С. 137.

³³ Закон РФ от 2 июля 1992 г. № 3185-1 «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании» // Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1992. № 33. Ст. 1913 ; Федеральный закон от 21 июля 1997 г. № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» // СЗ РФ. 1997. № 30. Ст. 3594 ; Федеральный закон от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2011. № 48. Ст. 6724.

³⁴ См., например: Сущность и актуальные проблемы стадии возбуждения уголовного дела. С. 156—162 ; Кожокарь В. В. Указ. соч. С. 138—140.

³⁵ Мартыненко С. Б. Предварительная проверка сообщений о преступлении и некоторые аспекты ее проведения в сфере возбуждения уголовных дел о незаконном обороте наркотиков. С. 234.

³⁶ Сущность и актуальные проблемы стадии возбуждения уголовного дела. С. 156—157 ; Якимович Т. Д., Пан Т. Д. Досудебное производство по УПК Российской Федерации (участники досудебного производства, доказательство и доказывание, возбуждение уголовного дела, дознание и предварительное следствие). СПб. : Юридический центр-Пресс, 2003. С. 112—113.

цию, за исключением случаев, когда это лицо поставило условие о сохранении в тайне источника информации. Соответственно, указанное положение УПК РФ фактически предусматривало такой самостоятельный способ предварительной проверки, как истребование у редакции, главного редактора средства массовой информации, распространившего сообщение о преступлении, документов и материалов, подтверждающих данное сообщение, а также данных о лице, предоставившем указанную информацию. После издания же Федерального закона от 4 марта 2013 г. № 23-ФЗ положение, содержащееся в ч. 2 ст. 144 УПК РФ, стало возможным рассматривать как частный случай такого способа предварительной проверки, как истребование документов и предметов (ч. 1 ст. 144 УПК РФ).

Учитывая изложенное выше, необходимо обратить внимание на то, что ряд информационных носителей, необходимость истребования, изъятия, осмотра и исследования которых возникает до принятия решения о возбуждении уголовного дела, не имеют формального статуса документов, не обладая соответствующими реквизитами, но и рассматривать их в качестве предметов тоже вряд ли уместно. Кроме того, отнесение определенных материальных объектов, в отношении которых в ходе предварительной проверки могут производиться указанные действия, в частности различных сыпучих и жидких веществ, химических соединений и т.п., к предметам также является не совсем корректным. В связи с этим представляется целесообразным внести в ч. 1 ст. 144 УПК РФ изменения, предусмотрев в ней в качестве способов предварительной проверки истребование, изъятие, осмотр и исследование не только документов и предметов, но также иных материалов и веществ. При этом соответствующие изменения должны быть внесены также и в уголовно-процессуальные нормы, регламентирующие основания и порядок производства осмотра (ст. 176, 177 УПК РФ).

Федеральные законы от 22 октября 2014 г. № 308-ФЗ³⁷ и от 29 июля 2017 г. № 250-ФЗ³⁸ дополнили ст. 144 УПК РФ частями 7—9, регулирую-

ющими порядок рассмотрения следователем поступивших из органа дознания сообщений о налоговых преступлениях, предусмотренных ст. 198—199.1 УК РФ, а также о преступлениях, предусмотренных ст. 199.3 и 199.4 УК РФ, совершаемых в сфере обязательного социального страхования от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний.

Положения, предусмотренные ч. 7—9 ст. 144 УПК РФ регламентируют взаимодействие следователя с соответствующими налоговыми органами и территориальными органами страховщика, осуществляемое в форме обязательного информационного обмена между следователем и указанными органами при рассмотрении им сообщений об указанных преступлениях. При этом, поскольку указанный обмен инициируется следователем и прежде всего преследует своей целью получение документов, содержащих квалифицированные сведения о наличии или об отсутствии нарушений законодательства о налогах и сборах и (или) об обязательном социальном страховании от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний, необходимых для решения вопроса о возбуждении уголовного дела, то содержащиеся в ч. 7—9 ст. 144 УПК РФ законодательные установления также можно рассматривать как частный случай предусмотренного ч. 1 ст. 144 УПК РФ истребования документов и предметов.

Обращает на себя внимание, что в соответствии с ч. 7—9 ст. 144 УПК РФ срок предварительной проверки сообщения органа дознания о преступлениях, предусмотренных ст. 198—199.1, 199.3, 199.4 УК РФ, включающий в себя время, отводимое законодателем следователю на истребование, получение и рассмотрение заключения налоговых органов и территориальных органов страховщика, указанного в п. 1 ч. 8 ст. 144 УПК РФ, может составлять более 48 суток с учетом периода хождения соответствующих почтовых отправлений. Причем никакого продления срока предварительной проверки уголовно-процессуальный закон в данном случае не требует и соответствующей процедуры не устанавливает.

³⁷ Федеральный закон от 22 октября 2014 г. № 308-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» // СЗ РФ. 2014. № 43. Ст. 5792.

³⁸ Федеральный закон от 29 июля 2017 г. № 250-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в связи с совершенствованием правового регулирования отношений, связанных с уплатой страховых взносов в государственные внебюджетные фонды» // СЗ РФ. 2017. № 31. Ст. 4799.

Примечательным также является и то, что в соответствии с ч. 9 ст. 144 УПК РФ при наличии повода и достаточных данных, указывающих на признаки преступлений, предусмотренных ст. 198—199.1, 199.3, 199.4 УК РФ, следователь уполномочен возбудить уголовное дело о соответствующих преступлениях, не дожидаясь получения указанного заключения, истребованного им из налогового органа или территориального органа страховщика.

Тем не менее описанная выше эволюция процессуальных норм, содержащихся в ч. 3 ст. 144 УПК РФ, вкуче с положениями, предусмотренными ч. 7—9 ст. 144 УПК РФ, свидетельствуют о наличии такой законотворческой тенденции, как увеличение допустимых сроков предварительной проверки. Такое увеличение обусловлено учитываемыми законодателем ситуациями, когда для принятия решения о возбуждении уголовного дела необходимо наличие данных, для получения которых собственными процессуальными возможностями органам дознания и предварительного следствия, проводящим указанную проверку, недостаточно. Использование же для получения таких данных указанных в УПК РФ сторонних сил, средств и непроцессуальных информационных источников требует достаточно продолжительного времени.

Учитывая указанную тенденцию и принимая во внимание, что истребование документов и предметов, необходимых для решения вопроса о возбуждении уголовного дела, также нередко занимает значительное время, предлагаем предусмотреть в ч. 3 ст. 144 УПК РФ необходимость производства данного процессуального действия в качестве еще одного основания для продления срока предварительной проверки до 30 суток.

К сожалению, одновременно с увеличением Федеральным законом от 4 марта 2013 г. № 23-ФЗ количества способов предварительной проверки расширился и спектр связанных с их реализацией правовых пробелов и проблем. При этом многие ранее возникшие вопросы, касающиеся порядка производства

процессуальных, в том числе следственных, действий до возбуждения уголовного дела, остались неразрешенными.

Так, законодатель установил допустимость производства судебной экспертизы и дачи органу дознания обязательного для исполнения письменного поручения о проведении оперативно-розыскных мероприятий, в том числе исследований предметов и документов, до возбуждения уголовного дела. В связи с этим, казалось бы, необходимость проведения каких-либо других предварительных непроцессуальных исследований предметов и документов в стадии возбуждения уголовного дела отпала³⁹. Тем не менее этот способ предварительной проверки сохранился в ч. 1 ст. 144 УПК РФ в своем прежнем виде. Соответственно, все ранее высказанные нами критические замечания в адрес его правового регулирования продолжают оставаться актуальными.

Закрепив в УПК РФ получение объяснений в качестве одного из способов предварительной проверки, законодатель оставил процедуру производства данного процессуального действия не урегулированной. В связи с этим учеными-процессуалистами было предложено применять к получению объяснений правила допроса свидетеля, за исключением предупреждения лица, дающего объяснения, об уголовной ответственности за отказ от дачи показаний (ст. 308 УК РФ) и за дачу заведомо ложных показаний (ст. 307 УК РФ)⁴⁰. Такой подход в основном и реализуется на практике.

Предусмотрев в качестве способа предварительной проверки изъятие предметов и документов *в порядке, установленном УПК РФ*, в отсутствие правовых норм о таком процессуальном действии, как «изъятие», законодатель поставил в тупик и правоприменителей, и ученых-процессуалистов⁴¹. Так, уголовно-процессуальным законом установлен порядок изъятия предметов и документов при производстве таких следственных действий, как осмотр места происшествия, осмотр местности, жилища, иного помещения (ст. 176, 177 УПК РФ), обыск (ст. 182 УПК РФ), выемка (ст. 183 УПК РФ), лич-

³⁹ См.: Сущность и актуальные проблемы стадии возбуждения уголовного дела. С. 205.

⁴⁰ См., например: Сущность и актуальные проблемы стадии возбуждения уголовного дела. С. 153—154; Кожокарь В. В. Указ. соч. 136—137.

⁴¹ См., например: Марковичева Е. В., Васюков В. Ф. Указ. соч. С. 46—48; Актуальные проблемы уголовно-процессуального права: учеб. пособие для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция» / под ред. О. В. Химичевой, О. В. Мичуриной. М.: Юнити-Дана; Закон и право, 2014. Серия «Magister». С. 190.

ный обыск (ст. 184 УПК РФ), наложение ареста на почтово-телеграфные отправления, их осмотр и выемка (ст. 185 УПК РФ). Соответственно, буквальное толкование положения уголовно-процессуального закона о возможности изъятия предметов и документов в установленном УПК РФ порядке в ходе предварительной проверки означает, что законодатель признает допустимым производство всех указанных следственных действий до возбуждения уголовного дела. Но тогда почему в ч. 1 ст. 144 УПК РФ и в его положениях, регламентирующих производство указанных следственных действий, отсутствуют соответствующие указания, за исключением осмотра места происшествия? Или же законодатель подразумевал под термином «изъятие» в указанном контексте только выемку⁴² либо что-то другое? К сожалению, эти вопросы остаются без ответа.

Помимо указанного, в уголовно-процессуальной литературе справедливо было обращено внимание на проблему применения процессуального принуждения, допустимого при производстве ряда следственных и иных процессуальных действий в стадии предварительного расследования, но чуждого стадии возбуждения уголовного дела, в которой тем не менее проведение таких действий уголовно-процессуальным законом предусматривается⁴³. В связи с этим рядом авторов обоснованно указывалось на недопустимость применения процессуального принуждения при получении образцов для сравнительного исследования у живых лиц, а также при проведении судебной экспертизы живых лиц и их освидетельствования до возбуждения уголовного дела, на основании чего в том числе предлагалось закрепить в уголовно-процессуальном законе положения, устанавливающие возможность производства таких процессуальных действий только с письменного согласия указанных лиц⁴⁴. Присоединяясь к высказанному мнению, считаем необходимым распространить в уголовно-процессуальном

законе указанное правило на все без исключения процессуальные действия, производимые в стадии возбуждения уголовного дела в отношении граждан или с их участием, а также закрепить допустимость производства таких действий не только с согласия, но и по письменному ходатайству заинтересованных участников предварительной проверки.

Не следует также забывать и о том, что участники стадии возбуждения уголовного дела, в отличие от участников стадии предварительного расследования, не могут быть наделены процессуальными статусами подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего или свидетеля. При этом ч. 1 ст. 179 УПК РФ, с одной стороны, позволяет производить освидетельствование до возбуждения уголовного дела, с другой стороны, допускает возможность проведения этого следственного действия только в отношении подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего, а также свидетеля с его согласия, за исключением случаев, когда освидетельствование необходимо для оценки достоверности его показаний⁴⁵.

Кроме того, не обладая процессуальным положением подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего или свидетеля, участники предварительной проверки не пользуются соответствующими правами при назначении и производстве судебной экспертизы, предусмотренными ст. 198 УПК РФ. Вместе с тем никакие права, обусловленные проведением указанного следственного действия, специально для участников стадии возбуждения уголовного дела уголовно-процессуальным законом не предусмотрены. Сложившаяся ситуация позволяет констатировать наличие проблемы, связанной с обеспечением прав личности при назначении и производстве судебной экспертизы до возбуждения уголовного дела⁴⁶. В связи с этим необходимо либо дополнить ст. 144 УПК РФ ссылочной на ст. 198 УПК РФ нормой, либо предусмотреть в гл. 19 УПК РФ специальные права участников стадии возбуждения

⁴² См., например: *Кожокар В. В.* Указ. соч. С. 152—153; Актуальные проблемы уголовно-процессуального права. С. 190.

⁴³ См., например: *Химичева Г. П.* Указ. соч. С. 136—138.

⁴⁴ См.: *Волколуп О. В.* Указ. соч. С. 79; *Сущность и актуальные проблемы стадии возбуждения уголовного дела.* 188, 203; *Победкин А. В., Бурцев С. Н.* Указ. соч. С. 101; Актуальные проблемы уголовно-процессуального права. С. 189.

⁴⁵ *Победкин А. В., Бурцев С. Н.* Указ. соч. С. 100.

⁴⁶ См., например: *Сущность и актуальные проблемы стадии возбуждения уголовного дела.* С. 201; *Кожокар В. В.* Указ. соч. С. 148—149.

уголовного дела, могущих иметь законные интересы, связанные с назначением и производством судебной экспертизы.

Помимо указанного обращает на себя внимание некорректное употребление законодателем понятий «назначение судебной экспертизы», «участие в ее производстве», «заключение эксперта», «осмотр места происшествия», «освидетельствование» и «поручение о проведении оперативно-розыскных мероприятий» в ч. 1 ст. 144 УПК РФ в единственном числе. Буквальное толкование такой законодательной конструкции способно привести к неверному выводу о том, что законодателем признается допустимым производство каждого из соответствующих процессуальных действий в ходе конкретной предварительной проверки лишь один раз. В связи с этим предлагаем закрепить в ч. 1 ст. 144 УПК РФ указанные понятия не в единственном, а во множественном числе.

Таким образом, учитывая изложенное выше, необходимо признать существование такой устойчивой законодательской тенденции, как расширение круга процессуальных, в том числе и следственных действий, могущих служить способами предварительной проверки, при одновременном отсутствии их надлежащей законодательной регламентации с учетом имеющейся специфики правового регулирования производства в стадии возбуждения уголовного дела.

Федеральным законом от 4 марта 2013 г. № 23-ФЗ ст. 144 УПК РФ была дополнена частью 1.1, предусматривающей обязанность органов и должностных лиц, проводящих в ходе предварительной проверки соответствующие процессуальные действия, разъяснять участвующим в них лицам их права и обязанности, предусмотренные УПК РФ, а также обеспечивать возможность осуществления этих прав в той части, в которой производимые процессуальные действия и принимаемые процессуальные решения затрагивают интересы участников предварительной проверки.

Помимо прочих таких прав, закрепленных в различных уголовно-процессуальных нор-

мах, непосредственно в ч. 1.1 ст. 144 УПК РФ были указаны: право не свидетельствовать против самого себя, своего супруга (своей супруги) и других близких родственников, круг которых определен п. 4 ст. 5 УПК РФ; право пользоваться услугами адвоката; право приносить жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, органа дознания, следователя, руководителя следственного органа в порядке, установленном гл. 16 УПК РФ.

Кроме того, указанный Федеральный закон закрепил в ч. 1.1 ст. 144 УПК РФ ранее не нашедшую отражения в уголовно-процессуальном законодательстве возможность предупреждения участников предварительной проверки о неразглашении данных досудебного производства в порядке, установленном ст. 161 УПК РФ.

Последнее законодательное положение можно рассматривать, с одной стороны, в качестве гарантии обеспечения беспрепятственного хода уголовно-процессуального производства в стадии возбуждения уголовного дела, а с другой — как меру обеспечения безопасности ее участников.

Также в ч. 1.1 ст. 144 УПК РФ Федеральным законом от 4 марта 2013 г. № 23-ФЗ было предусмотрено, что при необходимости безопасность участника досудебного производства обеспечивается в порядке, установленном ч. 9 ст. 166 УПК РФ, в том числе при приеме сообщения о преступлении.

Признавая безусловную важность приведенных выше долгожданных законодательных положений, считаем возможным указать, что автором настоящей статьи еще в 2004 г. обосновывалась необходимость законодательного установления мер обеспечения безопасности участников стадии возбуждения уголовного дела⁴⁷, а в 2006 г. обращалось внимание на отсутствие в уголовно-процессуальном законе нормы, устанавливающей допустимость запрета на разглашение участниками предварительной проверки полученных ими в ходе ее проведения данных⁴⁸.

С нашей точки зрения, положения, содержащиеся в ч. 1.1 ст. 144 УПК РФ, весьма далеки от

⁴⁷ Мартыненко С. Б. Некоторые процессуальные аспекты обеспечения безопасности потерпевших и свидетелей в уголовном судопроизводстве // Семинар «Государственная защита потерпевших и свидетелей на следствии и в суде»: стенографический отчет / сост. общественная правозащитная организация «Гражданский контроль». СПб., 2004. С 89—90.

⁴⁸ Мартыненко С. Б. К вопросу о рассмотрении гласных начал уголовного судопроизводства в отечественной уголовно-процессуальной науке // Уголовно-процессуальное право: понятие, содержание, источ-

совершенства. Тем не менее само их появление на свет свидетельствует о зарождении такой позитивной законотворческой тенденции, как расширение сферы действия в стадии возбуждения уголовного дела принципа охраны прав и свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве (ст. 11 УПК РФ).

Таким образом, к числу современных тенденций правового регулирования уголовно-процессуального производства в стадии возбуждения уголовного дела необходимо отнести расширение:

- временных границ предварительной проверки в случаях, когда проводящим ее органам и должностным лицам необходимо привлечение указанных в УПК РФ сторонних сил, средств и непроцессуальных информационных источников;
- круга способов предварительной проверки при одновременном отсутствии их надлежущей законодательной регламентации;
- сферы действия в стадии возбуждения уголовного дела принципа охраны прав и свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве.

В уголовно-процессуальной литературе неоднократно отмечалось, что увеличение перечня следственных действий, производство которых допускается в ходе предварительной проверки, стирает грани между стадиями предварительного расследования и возбуждения уголовного дела, в связи с чем существование последней теряет смысл⁴⁹.

Более того, рядом ученых достаточно давно пестуется идея о необходимости упразднения стадии возбуждения уголовного дела и, соответственно, предварительной проверки, а в не-

драх государственных органов зреет замысел о принятии на законодательном уровне соответствующего решения⁵⁰.

Участие в дискуссии по вопросу о том, нужна ли указанная стадия в современном отечественном уголовном процессе, не охватывается целью настоящей научной работы. Вместе с тем считаем необходимым подчеркнуть, что ее автор является апологетом стадии возбуждения уголовного дела как наиважнейшей процессуальной гарантии от незаконного и необоснованного вовлечения в сферу уголовного судопроизводства невиновных лиц в качестве подозреваемых и обвиняемых.

При этом расширение законодателем круга возможных способов предварительной проверки не вызывает у нас негативного отношения. Напротив, мы считаем в принципе допустимым производство в стадии возбуждения уголовного дела любых процессуальных, в том числе и следственных, действий, повышающих обоснованность принятия итогового решения, но при условии установления в УПК РФ:

- 1) надлежущей законодательной регламентации порядка производства соответствующих действий в ходе предварительной проверки;
- 2) разумных сроков их производства;
- 3) запрета на применение процессуального принуждения в отношении граждан, а также руководителей и представителей негосударственных структур, вовлекаемых в проведение предварительной проверки сообщений о преступлении;
- 4) надежных процессуальных гарантий обеспечения прав и законных интересов участников указанной проверки.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Актуальные проблемы уголовно-процессуального права : учеб. пособие для студентов вузов, обучающихся по специальности «юриспруденция» / под ред. О. В. Химичевой, О. В. Мичуриной. — М. : Юнити-Дана ; Закон и право, 2014. — Серия «Magister». — 287 с.
2. Волколуп О. В. Система уголовного судопроизводства и проблемы ее совершенствования. — СПб. : Юридический центр-Пресс, 2003. — 267 с.

ники : материалы научно-практической конференции, посвященной 100-летию со дня рождения профессора Д. С. Карева (Москва, 23—24 марта 2006 г.). М. : Городец, 2006. С. 143.

⁴⁹ См., например: Марковичева Е. В., Васюков В. Ф. Указ. соч. С. 39 ; Победкин А. В., Бурцев С. Н. Указ. соч. С. 99—100 ; Химичева Г. П. Указ. соч. С. 136—137.

⁵⁰ См., например: Сущность и актуальные проблемы стадии возбуждения уголовного дела. С. 341—368 ; Кожокарь В. В. Указ. соч. С. 4—5, 14—17, 205—231 ; Марковичева Е. В., Васюков В. Ф. Указ. соч. С. 6—7.



3. *Зажичкий В. И.* Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве: теория и практика. — СПб. : Юридический центр-Пресс, 2006. — 449 с.
4. *Кожокар В. В.* Возбуждение уголовного дела: вопросы теории и практики : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2016. — 301 с.
5. *Марковичева Е. В., Васюков В. Ф.* Проблемные вопросы возбуждения уголовных дел на современном этапе : монография / Е. В. Марковичева, В. Ф. Васюков. — М. : Проспект, 2016. — 80 с.
6. *Мартыненко С. Б.* Вопросы возбуждения уголовных дел о преступлениях в сфере незаконного оборота наркотиков // Деятельность правоохранительных органов и специальных служб в сфере борьбы с незаконным оборотом наркотиков : материалы научно-практической конференции (18—19 декабря 2008 г.) : в 3 ч. — СПб. : СЗИПК ФСКН России, 2009. — Ч. 3 : Раскрытие и расследование преступлений в сфере незаконного оборота наркотиков: состояние, проблемы и перспективы. — 127 с.
7. *Мартыненко С. Б.* К вопросу о рассмотрении гласных начал уголовного судопроизводства в отечественной уголовно-процессуальной науке // Уголовно-процессуальное право: понятие, содержание, источники : материалы научно-практической конференции, посвященной 100-летию со дня рождения профессора Д. С. Карева (Москва, 23—24 марта 2006 г.). — М. : Городец, 2006. — 240 с.
8. *Мартыненко С. Б.* Некоторые процессуальные аспекты обеспечения безопасности потерпевших и свидетелей в уголовном судопроизводстве // Семинар «Государственная защита потерпевших и свидетелей на следствии и в суде» : стенографический отчет / сост. общественная правозащитная организация «Гражданский контроль». — СПб., 2004. — 161 с.
9. *Мартыненко С. Б.* Предварительная проверка сообщений о преступлении и некоторые аспекты ее проведения в сфере возбуждения уголовных дел о незаконном обороте наркотиков // Актуальные проблемы выявления и предупреждения незаконного оборота и потребления наркотических средств и психотропных веществ : сборник материалов Всероссийской научно-практической конференции (г. Уфа, 23—24 июня 2011 г.) / под общ. ред. З. З. Абубакирова. — Уфа : УФ СЗИПК ФСКН России, 2011. — 287 с.
10. *Некрасова С. В., Кесарева Т. П.* Правовые вопросы возбуждения уголовного дела и предварительного расследования : учебно-методическое пособие. — М. : Юрлитинформ, 2006. — 200 с.
11. *Победкин А. В., Бурцев С. Н.* Нарушения уголовно-процессуальных норм в деятельности органов дознания, средства их предупреждения и устранения : монография. — М. : Юрлитинформ, 2010. — 232 с.
12. *Рыжаков А. П.* Возбуждение и отказ в возбуждении уголовного дела : научно-практическое руководство. — М. : Экзамен, 2007. — 319 с.
13. Сущность и актуальные проблемы стадии возбуждения уголовного дела : монография / отв. ред. И. С. Дикарев. — 2-е изд., испр. и доп. — М. : Юрлитинформ, 2012. — 408 с.
14. *Химичева Г. П.* Досудебное производство по уголовным делам: концепция совершенствования уголовно-процессуальной деятельности : монография. — М. : Экзамен, 2003. — 352 с.
15. *Химичева Г. П., Мичурина О. В., Химичева О. В., Мичурина В. С.* Проблемы нарушений уголовно-процессуальных норм при возбуждении и прекращении уголовных дел, способы их устранения : монография. — М., 2004. — 191 с.
16. *Якимович Т. Д., Пан Т. Д.* Досудебное производство по УПК Российской Федерации (участники досудебного производства, доказательства и доказывание, возбуждение уголовного дела, дознание и предварительное следствие). — СПб. : Юридический центр-Пресс, 2003. — 297 с.

Материал поступил в редакцию 18 апреля 2018 г.

THE QUESTION ON EVOLUTION OF THE CRIMINAL PROCEDURE REGULATION OF THE PRELIMINARY CHECKS OF CRIME REPORTS

MARTYNENKO Sergey Borisovich — PhD in Law, Docent, Associate Professor of the Department of Criminal Law and Criminal Procedure of the Saint-Petersburg State University of Architecture and Civil Engineering
martyncomorder@mail.ru
190005, Russia, Saint-Petersburg, 2-ya Krasnoarmeyskaya ul., d. 4

Abstract. *The article discusses the key points and highlights the main trends in criminal procedural regulation of preliminary checks of crime reports as the most meaningful and long-lasting stage of initiation of a criminal case. Such trends are the extension of the time frames and range of methods of the inspection as well as the scope of application of the principle of the protection of the rights and freedoms of man and citizen in criminal proceedings at the stage of initiation of criminal proceedings (Article 11 of the Criminal Procedural Code of the Russian Federation). The author traces the chronology and the dynamics of the development of legislative regulation of methods and timing of pre-screening, and legal status of its participants in the current Criminal Procedural Code of the Russian Federation. On this basis, the paper formulates proposals for improving the normative regulation of social relations in this region, primarily through the introduction of amendments and additions to article 144 of the Criminal Procedural Code of the Russian Federation. The author considers acceptable any procedure in the stage of criminal case initiation, including investigative activities, if enshrined in the Criminal Procedural Code of the Russian Federation: 1) proper legislative regulation of the order of appropriate steps; 2) reasonable time of their production; 3) prohibition of the use of procedural coercion against citizens as well as leaders and representatives of non-state actors, involved in pre-testing; 4) reliable procedural guarantees of ensuring the rights and legitimate interests of participants of the inspection.*

Keywords: *stage of criminal proceedings, initiation of a criminal case, preliminary check of crime reports, methods of preliminary checks, deadlines, pre-screening, procedural status of preliminary examination.*

REFERENCES

1. *Aktualnye problemy ugolovno-protsessualnogo prava: ucheb. posobie dlya studentov vuzov obuchayushchikhsya po spetsialnosti «Yurisprudentsiya»* [Current issues of criminal procedural law: Coursebook for high school students trained in "Jurisprudence"]. Edited by O.V. Khimicheva, O.V. Michurina. Moscow : Yuniti-Dana: Policy and Law, 2014. 287 p. (Series: Magister).
2. Volkolup O. V. *Sistema ugolovnogo sudoproizvodstva i problemy ee sovershenstvovaniya* [Criminal justice system and problems of its improvement]. SPb.: Yuridicheskiy tsentr-Press, 2003. 267 p.
3. Zazhytskiy V. I. *Rezultaty operativno-rozysknoy deyatelnosti v ugolovnom sudoproizvodstve: teoriya i praktika* [The results of investigative activities in criminal proceedings: theory and practice]. SPb.: Publishing House of R. Aslanov "Law center-Press", 2006. 449 p.
4. Kozhokar V. V. *Vozbuzhdenie ugolovnogo dela: voprosy teorii i praktiki. Diss. ... kand. yurid. nauk* [Initiation of a criminal case: theory and practice. PhD in Law Thesis]. Moscow, 2016. 301 p.
5. Markvovicheva E. V., Vasyukov V.F. *Problemnye voprosy vozbuzhdeniya ugolovnykh del na sovremennom etape : monografiya* [Problematic issues of criminal cases initiation at the present stage : monograph]. M. : Prospect, 2016. 80 p.
6. Martynenko S. B. *Nekotorye protsessualnye aspekty obespecheniya bezopasnosti poterpevshikh i svideteley v ugolovnom sudoproizvodstve* [Some procedural aspects of ensuring the security of victims and witnesses in criminal proceedings]. *Seminar «Gosudarstvennaya zashchita poterpevshikh i svideteley na sledstviy i v sude» : stenograficheskiy otchet* [Workshop on "The State protection of victims and witnesses during the investigation and in court" : transcript]. Sost. obshchestvennaya pravozashchitnaya organizatsiya «Grazhdanskiy kontrol» [Comp. by public human rights organization "Civil control"]. SPb., 2004. 161 p.
7. Martynenko S. B. *K voprosu o rassmotrenii glasnykh nachal ugolovnogo sudoproizvodstva v otechestvennoy ugolovno-protsessualnoy nauke. Ugolovno-protsessualnoe pravo: ponyatie, sodержanie, istochniki* [The question of the public consideration of criminal proceedings in domestic criminal procedure science. Criminal



- procedure law: concept, content, sources]. *Materialy nauchnoprakticheskoy konferentsii posvyashchenoy 100letiyu so dnya rozhdeniya professora D.S. Kareva. Moskva 23—24 marta 2006 goda* [Proc. Scientific and Practical Conference Devoted to the 100 Anniversary of Professor D.S. Karev (Moscow, 23—24 March 2006)]. Moscow: Gorodets, 2006. 240 p.
8. Martynenko S. B. *Voprosy vozbuzhdeniya ugovolnykh del o prestupleniyakh v sfere nezakonnogo oborota narkotikov. Deyatel'nost pravookhranitel'nykh organov i spetsialnykh sluzhb v sfere borby s nezakonnym oborotom narkotikov* [Questions of criminal cases initiation on crimes in the sphere of drug trafficking. Activities of law enforcement bodies and special services in the fight against drug trafficking]. *Materialy nauchnoprakticheskoy konferentsii 18—19 dekabrya 2008 goda. V 3kh chastyakh* [Proc. Scientific and Practical Conference (18—19 December 2008) : in 3 parts]. Saint Petersburg: SZIPK Federal drug control service of Russia, 2009. *Chast 3: Raskrytie i rassledovanie prestupleniy v sfere nezakonnogo oborota narkotikov: sostoyanie problemy i perspektivy* [Part 3: Disclosure and investigation of crimes in sphere of illegal drug trafficking: status, problems and prospects]. 127 p.
 9. Martynenko S. B. *Predvaritel'naya proverka soobshcheniy o prestuplenii i nekotorye aspekty ee provedeniya v sfere vozbuzhdeniya ugovolnykh del o nezakonnom oborote narkotikov. Aktualnye problemy vyavleniya i preduprezhdeniya nezakonnogo oborota i potrebleniya narkoticheskikh sredstv i psikhotropnykh veshchestv* [Preliminary examination of crime reports and some aspects of its implementation in the field of criminal cases on illegal turnover of drugs. Topical problems of identifying and preventing illicit trafficking and consumption of narcotic drugs and psychotropic substances]. *Sbornik materialov Verossiyskoy nauchnoprakticheskoy konferentsii, gorod Ufa, 23—24 iyunya 2011 goda* [Proc. of All-Russian Scientific and Practical Conference (Ufa, June 23—24, 2011)]. Edited by Z. Z. Abubakirov. Ufa: UV SZIPK Federal drug control service of Russia, 2011. 287 p.
 10. Nekrasova S. V., Kesareeva T. P. *Pravovye voprosy vozbuzhdeniya ugovolnogo dela i predvaritel'nogo rassledovaniya: uchebno-metodicheskoe posobie* [Legal issues of initiation and preliminary investigation of a criminal case: Methodology Guidelines]. Moscow: Yurlitinform, 2006. 200 p.
 11. Pobedkin A. V., Burtsev S. N. *Narusheniya ugovolno-protsessualnykh norm v deyatelnosti organov doznaniya, sredstva ikh preduprezhdeniya: monografiya* [Violations of criminal procedural norms in the activity of bodies of inquiry, means of prevention and remedy: monograph]. Moscow: Yurlitinform, 2010. 232 p.
 12. Ryzhakov A. P. *Vozbuzhdenie i otkaz v vozbuzhdenii ugovolnogo dela : nauchno-prakticheskoe rukovodstvo* [Initiation and refusal to initiate a criminal case : Scientific and Practical Guidelines]. Moscow: Ekzamen, 2007. 319 p.
 13. *Sushchnost i aktualnye problemy stadii vozbuzhdeniya ugovolnogo dela: monografiya* [The nature and topical issues of a criminal case initiation : monograph]. Edited by I.S. Dikarev. 2nd ed. Rev. and suppl. Moscow: Yurlitinform, 2012. 408 p.
 14. Khimicheva G. P. *Dosudebnoe proizvodstvo po ugovolnym delam: kontseptsiya sovershenstvovaniya ugovolno-protsessualnoy deyatelnosti : monografiya* [Pre-trial procedure in criminal cases: the concept of improvement of criminal procedural activities : monograph]. Moscow: Ekzamen, 2003. 352 p.
 15. Khimicheva G. P., Michurina O. V., Khimicheva O. V., Michurina S. V. *Problemy narusheniy ugovolnoprotsessualnykh norm pri vozbuzhdenii i prekrashchenii ugovolnykh del sposoby ikh ustraneniya : monografiya* [Violation of the rules of criminal procedure at the initiation and termination of criminal cases, ways to resolve them : monograph]. Moscow, 2004. 191 p.
 16. Yakimovich T. D., Pan T. D. *Dosudebnoe proizvodstvo po UPK Rossiyskoy Federatsii (uchastniki dosudebnogo proizvodstva, dokazatelstva i dokazyvanie, vozbuzhdenie ugovolnogo dela, doznanie i predvaritel'noe sledstvie)* [Pre-trial proceedings in the Criminal Procedure Code of the Russian Federation (participants of the pre-trial procedure, evidence, criminal investigation, inquiry and preliminary investigation)]. Saint-Petersburg : Yuridicheskiy tsentr-Press, 2003. 297 p.

СОВРЕМЕННЫЕ ТРЕНДЫ ПРАВОВОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ СТРАТЕГИЧЕСКОГО ПЛАНИРОВАНИЯ ПРИРОДОПОЛЬЗОВАНИЯ В АРКТИКЕ

Аннотация. В статье рассматриваются правовые проблемы совершенствования государственной политики и стратегического планирования природопользования в Арктике. По результатам исследования действующих документов государственного стратегического планирования доказывается вывод о том, что для Арктики особую роль должны представлять акты (стратегии) пространственного развития, которые должны одновременно учитывать экономические аспекты развития посредством создания «экосистемного управления человеческой деятельностью», а также экологические аспекты, предусматривающие правовые возможности сохранения арктической экосистемы при осуществлении природопользования, учитывающие все арктические угрозы и вызовы при реализации основных направлений развития арктического региона.

Ключевые слова: Арктика, недропользование, стратегическое планирование, законодательство, государственная политика, экологическое развитие.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.140.7.114-124

В настоящее время правовым проблемам развития Арктического региона уделяется особое внимание. Как отмечал Президент РФ В. В. Путин: «Арктика — важнейший регион, который будет обеспечивать будущее России. Возможности Российской Федерации будут

прирастать Арктическим регионом. Примерно 30 процентов всех углеводородов будут добываться в Арктике. Нужно обеспечить хозяйственную деятельность в Арктике. Нужно обеспечить и военное присутствие, обеспечить охрану границ»¹.

¹ Пресс-конференция Президента Российской Федерации В. В. Путина. Москва. Центр международной торговли. 2017 г. // URL: <https://rg.ru/2017/12/14/videotranslaciia-press-konferenciia-vladimira-putina.html>.

© Жаворонкова Н. Г., Агафонов В. Б., 2018

* Жаворонкова Наталья Григорьевна, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой экологического и природоресурсного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Gavoron49@mail.ru

125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

** Агафонов Вячеслав Борисович, доктор юридических наук, доцент кафедры экологического и природоресурсного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Vagafonoff@mail.ru

125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Таким образом, значение Арктики обуславливают следующие факторы: во-первых, изменение климатических характеристик, позволяющие планировать (прогнозировать) стабильную хозяйственную деятельность в условиях Крайнего Севера, во-вторых, прогнозные данные о запасах углеводородов, полезных ископаемых в Арктической зоне в условиях общего истощения существующих запасов углеводородов в мире и прогноза о повышении спроса/потребления энергоресурсов в целом, в-третьих, возможность использования логистических возможностей Северного морского пути и богатейших биоресурсов Арктики, наконец, в-четвертых, военно-стратегическое значение Арктической зоны.

В настоящее время законодательная база для развития Арктики, с одной стороны, в достаточной степени сформирована, с другой стороны, все еще недостаточно адаптирована к специфике Арктического региона. Поэтому, на наш взгляд, анализ проблем формирования адекватного правового регулирования в Арктической зоне необходимо начинать с анализа основных трендов развития законодательства, основанных на документах прогнозирования и целеполагания стратегического планирования, поскольку именно они, объединяя проблемы экономики, природопользования и экологической безопасности, имеют принципиальное значение для выстраивания оптимальной модели развития этой зоны в контексте обеспечения национальной безопасности.

Арктика является идеальным полигоном для разработки, принятия и реализации стратегических планов и проектов, имеющих целостный, программный, международно-правовой, эколого-экономический и научно-технологический характер. Многие научно-технологические, экологические, правовые, организационные инновационные разработки и решения могут быть применены в Арктике только потому, что Арктика представляет собой новый «мегапроект», который должен быть рассмотрен с точки зрения реализации принципов стратегического планирования.

Именно поэтому, как справедливо отмечает Н. И. Хлуденева, «установление разумной

правовой регламентации, обеспечивающей не только экономическое, но и экологическое развитие Арктики, — важнейшее условие расширения экологически безопасного использования ресурсного потенциала этого региона»².

Все настоящие и будущие дискуссии об Арктике (в том числе эколого-правовые) базируются на системе допущений, прогнозов, вариантов, имеющих, в свою очередь, новые допущения и варианты: будет ли климат изменяться радикально или постепенно, так или по-иному, будет ли потребность (и, следовательно, цена) углеводородов стабильно высокой, будут ли затраты на создание арктической инфраструктуры оправданны, какой экологический ущерб будет нанесен сверхчувствительной природе Арктики.

Можно утверждать, что многочисленные исследования и данные, накопленные к этому времени, хотя и являются объемными, но не исчерпывающими для конкретных решений. Поэтому Арктика — это идеальная модель создания мегапрограммы, имеющей национальный и международный характер, ресурсно-экономический и экологический. Построение правовой модели развития, создание нормативной правовой базы для будущих организационных, технологических решений представляет собою новую задачу для законодательства.

Задача данной статьи — исследовать правовые тренды, заложенные в документах стратегического планирования, с точки зрения современной парадигмы развития Арктики как единого правового поля, при этом, на наш взгляд, эколого-экономическое развитие данного субконтинента (региона) должно быть построено на единой правовой базе с учетом национального и международного аспектов.

Особое место в системе стратегического планирования занимает Федеральный закон от 28.06.2014 № 172-ФЗ «О стратегическом планировании в Российской Федерации»³ (далее — Закон о стратегическом планировании), где представлена единая идеологическая, методологическая и правовая база для унификации уже имеющихся актов, а также подготовки новых актов⁴. Закон содержит четкий, иерархически выстроенный перечень документов

² Хлуденева Н. И. Перспективы развития правовой охраны арктических экосистем // Журнал российского права. 2015. № 11. С. 114—122.

³ СЗ РФ. 2014. № 26 (ч. I). Ст. 3378.

⁴ Подробнее об этом см.: Жаворонкова Н. Г., Агафонов В. Б. Тенденции и перспективы совершенствования государственной политики в области экологического развития // Актуальные проблемы российско-

стратегического планирования, к которым относятся:

- ежегодное послание Президента РФ Федеральному Собранию РФ;
- стратегия социально-экономического развития Российской Федерации;
- стратегия национальной безопасности Российской Федерации;
- стратегия научно-технического развития;
- отраслевые стратегии;
- стратегия пространственного развития;
- стратегия макрорегионов.

Далее идут прогнозы, основные направления, государственные программы, схемы территориального планирования, планы деятельности органов исполнительной власти, региональные и местные стратегические документы.

Для раскрытия потенциала Арктики и создания современной правовой базы ее развития необходимо в первую очередь обратить внимание на базовые принципы подготовки и принятия документов стратегического планирования. Их несколько: принцип **реалистичности**, который означает, что при определении целей и задач социально-экономического развития и обеспечения национальной безопасности Российской Федерации участники стратегического планирования должны исходить из **возможности** достижения целей и решения задач в установленные сроки с **учетом ресурсных ограничений и рисков**. Для Арктики этот принцип особенно важен, так как перечень ограничений и рисков, в первую очередь экологических с учетом уязвимости экосистемы Арктики, очень высок.

Принцип **ресурсной обеспеченности** для арктических проектов и планов означает, что при разработке и утверждении документов стратегического планирования, разрабатываемых в рамках планирования и программирования, должны быть определены **источники** финансового и иного ресурсного обеспечения мероприятий, предусмотренных этими документами, в пределах ограничений, определяемых документами стратегического планирования, разрабатываемыми в рамках прогнозирования. Применительно к Арктике следует отме-

тить что в настоящее время нет окончательного понимания источников, размеров, порядка и условий финансирования, нет перечня ограничений и рисков, что представляется важным при уровне планирования на 20—30 лет.

Принцип **измеряемости** целей «освоения Арктики» означает, что должна быть обеспечена **возможность оценки достижения целей социально-экономического развития** и обеспечения национальной безопасности Российской Федерации с использованием количественных и (или) **качественных** целевых показателей, **критериев** и методов их оценки, используемых в процессе стратегического планирования. В настоящее время существует базовый критерий (измеритель) целей — объем запасов углеводородного сырья и возможность его извлечения, а также гипотетическая возможность использования глобального потепления как экономического фактора, например, для северного судоходства. Вместе с тем есть не менее важные, но вполне «измеряемые» цели в области экологии, пространственного развития, логистики, качества жизни населения. К сожалению, в основных документах стратегического планирования Арктической зоны цели либо носят в основном декларативный характер, либо не обладают достаточной проработанностью и альтернативностью, чтобы их оценить.

Принцип **соответствия показателей целям** означает, что показатели, содержащиеся в документах стратегического планирования и дополнительно вводимые при их корректировке, а также при оценке эффективности деятельности федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъектов РФ и органов местного самоуправления, должны соответствовать целям. Для процесса законотворчества по Арктике этот принцип особенно важен. Цели должны быть сформулированы предельно ясно и конкретно, показатели планирования в этом случае будут легко проверяемы и прозрачны. Декларации об эколого-экономической целесообразности, пространственном развитии, сохранении среды, не могут быть признаны реальными целями для планирования, в действительности эти

го права. 2017. № 7. С. 162—173 ; *Выпханова Г. В., Жаворонкова Н. Г.* Государственная экологическая политика и документы стратегического планирования // *Экологическое право*. 2016. № 3. С. 24—29 ; *Жаворонкова Н. Г., Агафонов В. Б.* // Правовые проблемы стратегического планирования обеспечения экологической безопасности недропользования // *Аграрное и земельное право*. 2015. № 9 (129). С. 11—15.

показатели, особенно экологические, практически всегда не соответствуют объявленным целям.

Как видим, перечисленные принципы взяты из основополагающего документа стратегического планирования и должны развивать его, но не противоречить. К сожалению, как показывает дальнейший анализ правоприменения, вышеперечисленные принципы не всегда являются основополагающими для конструкции документов по Арктике.

После послания Президента РФ основным, базисным документом стратегического планирования является стратегия социально-экономического развития Российской Федерации, где «принципы» реализуются в целях, задачах, направлениях деятельности. В настоящее время данный поход раскрыт в Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года, утвержденной распоряжением Правительства РФ от 17.11.2008 № 1662-р⁵.

Согласно данной Концепции применительно к развитию Арктического региона «активизация освоения российского сектора Арктики предусматривается по следующим направлениям:

- активизация работ по освоению нефтегазовых месторождений, переданных недропользователям, а также на нераспределенном фонде недр арктического континентального шельфа;
- существенное повышение изученности арктического континентального шельфа, а также обеспечение к 2020 году прироста балансовых геологических запасов морских месторождений нефти до 3 млрд тонн и газа — до 5 трлн куб. м;
- увеличение добычи морских биологических ресурсов в Арктике, более полное использование добываемых водных биологических ресурсов;
- развитие мощностей по переработке рыбы и других добываемых морепродуктов, а также увеличение на 30 процентов к 2015 году производства продукции их переработки для реализации на российском и иностранном рынках;
- повышение конкурентоспособности Северного морского пути (в том числе обеспечение возможности увеличения объемов грузоперевозок) и создание условий для

его использования в перспективе в качестве транспортного коридора, соединяющего порты Западной Европы с портами Юго-Восточной Азии и Северной Америки и управляемого Российской Федерацией, а также создание с этой целью к 2015 году единой системы контроля и безопасности судоходства, управления транспортными потоками в районах интенсивного движения судов в Арктическом регионе с модернизацией действующих и созданием новых средств и подсистем;

- снижение ущерба окружающей среде от расширения экономической деятельности и восстановление окружающей среды, нарушенной в результате прошлой деятельности в Арктике на территории Российской Федерации;
- обеспечение национальной безопасности в Арктическом регионе в условиях расширения использования ресурсного потенциала Арктики;
- адаптация объектов инфраструктуры к прогнозируемым климатическим изменениям, а также снижение показателей стойкой утраты трудоспособности и преждевременной смертности населения, проживающего в Арктическом регионе», и т.д.

Вместе с тем крайне сложно анализировать стратегические цели, выраженные в дефинициях «обеспечить», «активизировать», «повысить». На наш взгляд, акты стратегического планирования Арктической зоны должны носить характер прямого действия, иметь конкретные цели и задачи, ресурсное обеспечение, сроки и условия реализации. Только в этом случае их можно считать нормативными правовыми актами.

Отметим, что принципы, изложенные в Законе о стратегическом планировании, просты — реалистичность, ресурсная обеспеченность, измеримость, соответствие показателей целям, определение источников финансирования. К сожалению, ни в рассматриваемом распоряжении Правительства РФ, ни в многочисленных документах стратегического планирования по Арктике вышеперечисленные принципы не конкретизированы.

Следующей в иерархии документов стратегического планирования следует рассмотреть Стратегию национальной безопасности Российской Федерации, утвержденную Указом

⁵ СЗ РФ. 2008. № 47. Ст. 5489.

Президента РФ от 31.12.2015 № 683⁶, согласно которой «в Арктике особое значение имеет развитие равноправного и взаимовыгодного международного сотрудничества. Формирование благоприятных условий для устойчивого развития Российской Федерации на долгосрочную перспективу осуществляется путем обеспечения стратегической стабильности, в том числе путем поэтапного продвижения к миру, свободному от ядерного оружия, в условиях укрепления всеобщей надежной и равной безопасности, с учетом всех факторов, влияющих на глобальную стратегическую стабильность, и на основе единых и справедливых международно-правовых принципов.

В отношениях с международным сообществом Российская Федерация опирается на принципы сохранения стабильности и предсказуемости в области стратегических наступательных вооружений. Практической реализации таких отношений способствуют соблюдение достигнутых международных договоренностей по вопросам сокращения и ограничения стратегических наступательных вооружений и разработка при необходимости новых соглашений в данной области».

Другими словами, в этом документе (с точки зрения национальной безопасности) стратегическая проблема Арктики понимается как международно-правовая.

Помимо Стратегии национальной безопасности также очень важна Стратегия экологической безопасности до 2025 года, утвержденная Указом Президента РФ от 19.04.2017 № 176⁷, содержащая так называемые вызовы, напрямую связанные с настоящим и предполагаемым законодательством по Арктике.

Вызовы в данной стратегии расположены в следующем порядке:

- последствия изменения климата на планете, которые неизбежно отражаются на жизни и здоровье людей, состоянии животного и растительного мира, а в некоторых регионах становятся ощутимой угрозой для благополучия населения и устойчивого развития;
- рост потребления природных ресурсов при сокращении их запасов;
- сокращение биологического разнообразия, что влечет за собой необратимые послед-

ствия для экосистем, разрушая их целостность.

Другими словами, это уже несколько иное понимание экологической безопасности применительно к Арктике. Как видим, вызовы — это и есть опосредованным образом сформулированные задачи, при этом задачи, согласно стратегии экологической безопасности по Арктической зоне, не только экологические, но и ресурсные.

При этом такой вызов, как «рост потребления ресурсов при сокращении их запасов», — упрощенная трактовка проблемы для Арктики. На наш взгляд, при формулировке данного вызова необходимо разделять проблемы безопасности и проблемы развития. Кажется, что они легко совместимы, в действительности их цели, задачи, условия выполнения принципиально разнятся. Учитывая, что Стратегия национальной безопасности среди документов стратегического планирования имеет наибольший приоритет, следует выделить приоритетные направления и конкретные проблемы, непосредственно влияющие на концепцию развития Арктической зоны.

Следующими по иерархии документами стратегического планирования следует рассмотреть стратегии научно-технического развития и отраслевые документы планирования. При этом для Арктики особую роль должны играть акты (стратегии) пространственного развития с обязательным учетом международно-правового и территориального аспектов. Арктическая зона состоит из территорий восьми субъектов РФ, десятков муниципальных образований, имеющих свои экономические, социальные, экологические, географические, иные особенности. Вместе с тем до сих пор четко не определено: Арктическая зона — это единый объект управления или искусственно объединенное пространство, состоящее из различных экономически развитых регионов.

Согласно Стратегии национальной безопасности Российской Федерации, утвержденной Указом Президента РФ от 31.12.2015 № 683, «одним из главных направлений обеспечения национальной безопасности на региональном уровне (на среднесрочную перспективу) является создание механизма сокращения уровня межрегиональной дифференциации в социально-экономическом развитии субъектов Рос-

⁶ СЗ РФ. 2016. № 1 (ч. II). Ст. 212.

⁷ СЗ РФ. 2017. № 17. Ст. 2546.

сийской Федерации путем сбалансированного территориального развития страны, устранения инфраструктурных ограничений, введения механизма координации размещения транспортной, инженерной и социальной инфраструктур всех уровней, совершенствования системы стратегического и территориального планирования, обеспечения взаимной согласованности отраслевого и территориального развития, совершенствования национальной системы расселения и системы размещения производительных сил на территории Российской Федерации». Отметим, что Арктика — это прежде всего территория, регион, огромная часть России, населенная и требующая комплексного подхода, не рассматриваемая лишь как источник добычи нефти и газа, с огромным количеством и качеством международно-правовых нюансов.

Документом, формирующим блок стратегических документов по Арктике из данной группы, является Прогноз социально-экономического развития Российской Федерации на 2018 год и на плановый период 2019 и 2020 годов⁸, предусматривающий формирование комплекса документов стратегического планирования, регулирующих региональное развитие, в том числе стратегии пространственного развития Российской Федерации, стратегий социально-экономического развития макрорегионов, а также корректировку отраслевых документов стратегического планирования, государственных программ Российской Федерации, документов стратегического планирования субъектов РФ и муниципальных образований с учетом положений стратегии пространственного развития Российской Федерации. Подчеркиваем — стратегии пространственного развития, а не развития нефтегазодобывающих производств.

Необходимо также отметить, что для подготовки и принятия документов стратегического планирования важное значение имеют документы «нижнего» уровня планирования — субъектов РФ, муниципальных образований, макрорегионов. Этот уровень планирования применительно к Арктике практически недоступен.

Наконец, следует рассмотреть также План деятельности Министерства природных ресурсов и экологии Российской Федерации на 2016—2021 годы, утвержденный Минприроды

России 12.04.2017, в котором применительно к Арктике названы следующие ключевые задачи, практически все связанные с недропользованием:

- повышение геологической изученности территории Российской Федерации и ее континентального шельфа, Арктики и Антарктики, получение геологической информации. При решении указанной задачи будет обеспечена реализация комплекса взаимосвязанных мероприятий по проведению региональных геолого-геофизических и геолого-съёмочных работ, созданию государственной сети опорных геолого-геофизических профилей, параметрических и сверхглубоких скважин, проведению работ специального геологического назначения, проведению геолого-геофизических работ по прогнозу землетрясений, проведению гидрогеологической, инженерно-геологической и геоэкологической съёмки, проведению мониторинга состояния и охраны геологической среды, получению и обеспечению сохранения геологической информации;
- обеспечение воспроизводства минерально-сырьевой базы. При решении указанной задачи будет обеспечена реализация комплекса мероприятий по воспроизводству минерально-сырьевой базы углеводородного сырья, подземных вод, твердых полезных ископаемых;
- обеспечение рационального использования минерально-сырьевых ресурсов, сопровождение геолого-разведочных работ и научно-аналитическому обеспечению государственной политики в сфере развития и использования минерально-сырьевой базы, а также осуществление координации и контроля деятельности по реализации государственной системы лицензирования пользования недрами.

Отметим как данность — Миприроды РФ фактически ставит (пусть и неясные, но обозначенные) ресурсные задачи. Данные задачи не являются ни стратегическими, ни экологическими, ни задачами обеспечения устойчивого развития.

Наконец, в специальном документе государственного стратегического планирования по Арктике, а именно Основах государственной политики Российской Федерации в Арктике на период до 2020 года и дальнейшую перспекти-

⁸ URL: <http://www.economy.gov.ru> (дата обращения: 14.11.2017). Документ опубликован не был.

ву, утвержденных Президентом РФ 18.09.2008 № Пр-1969, основными национальными интересами Российской Федерации в Арктике объявлены следующие:

- а) использование Арктической зоны Российской Федерации в качестве стратегической ресурсной базы Российской Федерации, обеспечивающей решение задач социально-экономического развития страны;
- б) сохранение Арктики в качестве зоны мира и сотрудничества;
- в) сбережение уникальных экологических систем Арктики;
- г) использование Северного морского пути в качестве национальной единой транспортной коммуникации Российской Федерации в Арктике.

В свою очередь, стратегическими приоритетами государственной политики Российской Федерации в Арктике являются:

- наращивание усилий приарктических государств в создании единой региональной системы поиска и спасения, а также предотвращения техногенных катастроф и ликвидации их последствий, включая координацию деятельности спасательных сил;
- укрепление на двусторонней основе и в рамках региональных организаций, в том числе Арктического совета и Совета Баренцева / Евроарктического региона, добрососедских отношений России с приарктическими государствами, активизация экономического, научно-технического, культурного взаимодействия, а также приграничного сотрудничества, в том числе в области эффективного освоения природных ресурсов и сохранения окружающей природной среды в Арктике;
- содействие в организации и эффективном использовании транзитных и кроссполярных воздушных маршрутов в Арктике, а также в использовании Северного морского пути для международного судоходства в рамках юрисдикции Российской Федерации и в соответствии с международными договорами Российской Федерации;
- разграничение морских пространств в Северном Ледовитом океане и обеспечение взаимовыгодного присутствия России на архипелаге Шпицберген;
- совершенствование системы государственного управления социально-экономиче-

- ским развитием Арктической зоны Российской Федерации, в том числе за счет расширения фундаментальных и прикладных научных исследований в Арктике;
- развитие ресурсной базы Арктической зоны Российской Федерации за счет использования перспективных технологий;
- модернизация и развитие инфраструктуры арктической транспортной системы и рыбохозяйственного комплекса в Арктической зоне Российской Федерации, а также ряд других.

Логическим продолжением Основ государственной политики Российской Федерации в Арктике на период до 2020 года и дальнейшую перспективу с учетом основных положений документов системы государственного стратегического планирования Российской Федерации выступает Стратегия развития Арктической зоны Российской Федерации и обеспечения национальной безопасности на период до 2020 года⁹, определяющая основные механизмы, способы и средства достижения стратегических целей и приоритетов устойчивого развития Арктической зоны Российской Федерации и обеспечения национальной безопасности. Стратегия направлена на реализацию суверенитета и национальных интересов Российской Федерации в Арктике и способствует решению основных задач государственной политики Российской Федерации в Арктике, определенных в Основах.

Так, применительно к сфере природопользования Арктики текущее состояние социально-экономического развития данного региона характеризуется наличием следующих рисков и угроз:

- отсутствие российских современных технических средств и технологий для поиска, разведки и освоения морских месторождений углеводородов в арктических условиях;
- износ основных фондов, в особенности транспортной, промышленной и энергетической инфраструктуры;
- высокая энергоемкость и низкая эффективность добычи природных ресурсов, издержки северного производства при отсутствии эффективных компенсационных механизмов, низкая производительность труда.

В этой связи приоритетными направлениями развития Арктической зоны РФ и обеспечения национальной безопасности в сфере

⁹ URL: <http://www.government.ru> (дата обращения: 20.02.2013).

природопользования являются комплексное социально-экономическое развитие Арктической зоны РФ, предусматривающее развитие ресурсной базы Арктической зоны РФ за счет использования перспективных технологий, модернизации и развития инфраструктуры арктической транспортной системы, современной информационно-телекоммуникационной инфраструктуры и рыбохозяйственного комплекса, с одновременным обеспечением требований в области экологической безопасности, предусматривающих сохранение биологического разнообразия арктической флоры и фауны в условиях расширения экономической деятельности и глобальных изменений климата, ликвидацию экологического ущерба, причиненного в результате прошлой хозяйственной, военной и иной деятельности в Арктической зоне РФ, включая оценку причиненного экологического ущерба и реализацию мероприятий по очистке арктических морей и территорий от загрязнения, минимизации негативного антропогенного воздействия на окружающую среду Арктической зоны РФ, обусловленного текущей хозяйственной и иной деятельностью, а также ряд иных мер.

К сожалению, на фоне планов и программ освоения ресурсов Арктической зоны вопросы экологии зачастую уходят на второй план и раскрыты недостаточно. Этого нельзя допустить, в связи с чем, на наш взгляд, в документах стратегического планирования по Арктике необходимо учесть следующие базовые аспекты.

Первый аспект — правовые возможности сохранения арктической экосистемы. Арктика имеет глобальное значение для выживания огромного числа видов флоры и фауны, поддержания биохимических процессов и климата на Земле. По оценке рабочей группы по сохранению флоры и фауны, проведенной в 2010 г. в рамках Арктического совета, многие арктические экосистемы, включая ледовый покров, тундру, озера и др., исчезают; их дальнейшему существованию угрожают климатические изменения, чрезмерная эксплуатация природных ресурсов и пр. Отмечается, что до недавнего времени арктические ресурсы были малодоступны, а сейчас, когда их разработка значительно активизировалась, Арктика, несмотря на загрязнение, остается относительно чистой по сравнению с другими регионами.

С правовой точки зрения сохранение арктической природы требует фундаментального изменения стратегии и принципов управления

природными ресурсами региона. По мнению ученых, нужны интегральные схемы экологического управления, «межсекторальные стратегии управления», которые строились бы на интегрировании природных факторов и человеческой деятельности. Такие стратегии должны разрабатываться как на глобальном, так и на региональном уровне.

Второй аспект — создание принципиально новой стратегии и методов управления мегапроектом как единым целым, в виде «экосистемного управления человеческой деятельностью», которое должно дополнять шаги, направленные на адаптацию к изменениям в Арктике, в частности осуществлять территориальное и морское экосистемное управление в Арктике. Экосистемное управление противоположно стратегии «освоения ресурсов региона», оно включает изучение долгосрочных последствий недропользования как с точки зрения энергобезопасности, так и с точки зрения экобезопасности.

В какой-то части основные черты экосистемного управления даны в Стратегии экологической безопасности Российской Федерации, где сказано, что «основными механизмами реализации государственной политики в сфере обеспечения экологической безопасности являются:

- проведение стратегической экологической оценки проектов и программ развития Российской Федерации, макрорегионов, субъектов РФ, муниципальных образований, оценки воздействия намечаемой хозяйственной и иной деятельности на окружающую среду, а также экологической экспертизы и экспертизы проектной документации, экспертизы промышленной безопасности;
- лицензирование видов деятельности, потенциально опасных для окружающей среды, жизни и здоровья людей;
- нормирование и разрешительная деятельность в области охраны окружающей среды».

Также при разработке документов стратегического планирования важно учитывать специфические «арктические риски», к которым можно отнести:

- природно-климатические условия, включая низкие температуры воздуха, сильные ветры и наличие ледяного покрова на акватории арктических морей;
- слабо развитый и точечный характер промышленно-хозяйственного освоения территорий и низкая плотность населения;

- удаленность от основных промышленных центров, высокая ресурсоемкость и зависимость хозяйственной деятельности и жизнеобеспечения населения от поставок из других регионов топлива, продовольствия и товаров первой необходимости;
- хрупкость, уязвимость, низкая устойчивость экологических систем, определяющих биологическое равновесие, и их зависимость даже от незначительных антропогенных воздействий.

Таким образом, следует констатировать, что российские национальные интересы в Арктике достаточно подробно раскрыты в нормативных документах государственного стратегического планирования. Однако, на наш взгляд, вполне добротные и качественные тексты рассмотренных документов сами по себе не могут в полной мере исполнить указанные в них предписания и реализовать намечаемые цели. Поэтому, «несмотря на наличие большого количества программных документов, а также нормативных правовых актов, определяющих меры государственной поддержки реализации перспективных направлений развития Арктического региона, в настоящее время данный регион все еще обладает низкой инвестиционной привлекательностью»¹⁰.

В целом рассмотренные выше основные законодательные акты и документы стратегического планирования, касающиеся Арктической зоны, позволили сделать следующие выводы:

1. Все законодательные и нормативные акты в их совокупности, в том числе документы стратегического планирования по Арктике, не составляют целостного, непротиворечивого, внутренне логичного и перспективного плана, образа «освоения» Арктики. В настоящее время существующие документы отражают лишь отдельные подходы и концепции использования природных ресурсов путем максимизации их добычи и переработки, а также отдельные направления их правовой охраны.
2. Несмотря на наличие законодательных и нормативных актов, аналитических докладов, прогнозов, схем, международно-правовых документов, документов стратегическо-

го планирования и т.д., нельзя утверждать, что в настоящее время выработана единая концепция, стратегия долговременного развития Арктической зоны, подход к нему. Очевидно, что, на наш взгляд, парадоксальным образом наличие большого числа документов и нормативных актов стратегического характера не способствует, а препятствует эффективному, стратегическому, целостному характеру, взглядам на перспективу развития Арктической зоны как зоны национальных и глобальных интересов. Нозрела и требует скорейшего разрешения новая, основанная на принципиально новых, информационно- и эколого-ориентированных критериях стратегия развития Арктики на долгосрочную перспективу.

3. Законодательная база по Арктике, и прежде всего природоресурсного и экологического блока, требует определенной корректировки и, возможно, создания новой, целостной эколого-правовой системы международно-правового уровня, нового организационно-правового механизма. Такие термины, как «арктическое законодательство», «арктическое управление», «арктические финансы», «арктическое природопользование», — это фактически обозначившиеся новые тренды в праве, отражающие единство «экономики — экологии — пространства — социума».
4. В действующем законодательстве на уровне специального федерального закона необходимо детально прописать пределы и условия природопользования и охраны окружающей среды в Арктической зоне. Помимо этого, на уровне Правительства РФ следует принять План реализации Стратегии развития Арктической зоны, который должен базироваться на следующих принципиальных основах:
 - участия международных экспертов на всех стадиях подготовки плана реализации стратегии;
 - разработки концепции, методики и методологии программы, выделения отдельных (прежде всего экологических) проектов в конкурсном порядке;

¹⁰ См.: Агафонов В. Б. Правовое регулирование недропользования в районах Крайнего Севера и на континентальном шельфе северных акваторий Российской Федерации // Российская Арктика — территория права : альманах / Т. Я. Хабриева, Д. Н. Кобылкин, В. П. Емельянцева [и др.] ; отв. ред. Т. Я. Хабриева. М. : ИЗИСП ; Салехард : Администрация Ямало-Ненецкого автономного округа, Юриспруденция, 2014. С. 155—160.

- широкого обсуждения в экспертном сообществе и населения всех представляемых материалов;
 - использования возможностей и достижений цифровой экономики, научных прогнозов, диверсификации вариантов развития территории, сценарного и программно-целевого метода;
 - проведения обязательной экологической экспертизы как самого проекта, так и его последствий;
 - создания новых экстерриториальных международно-ориентированных, управленческих механизмов работы, адаптированных к специфике Арктической зоны.
5. Процесс выработки новых подходов и принципов стратегического планирования в Арктической зоне — это отдельный, чрезвычайно важный институциональный, инновационный, технологичный механизм выработки правовых механизмов, которые будут востребованы и использованы в других областях. В этой связи в качестве исходного документа для начала разработки нового проекта развития Арктической зоны можно принять положения (принципы) Федерального закона о стратегическом планировании с учетом международного опыта стратегического планирования, тем самым перевести его в область практического применения и использования.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Агафонов В. Б. Правовое регулирование недропользования в районах Крайнего Севера и на континентальном шельфе северных акваторий Российской Федерации // *Российская Арктика — территория права : альманах* / Т. Я. Хабриева, Д. Н. Кобылкин, В. П. Емельянцева [и др.] ; отв. ред. Т. Я. Хабриева. — М. : ИЗиСП ; Салехард : Администрация Ямало-Ненецкого автономного округа, Юриспруденция, 2014. — С. 155—160.
2. Выпханова Г. В., Жаворонкова Н. Г. Государственная экологическая политика и документы стратегического планирования // *Экологическое право*. — 2016. — № 3. — С. 24—29.
3. Жаворонкова Н. Г., Агафонов В. Б. Правовые проблемы стратегического планирования обеспечения экологической безопасности недропользования // *Аграрное и земельное право*. — 2015. — № 9 (129). — С. 11—15.
4. Жаворонкова Н. Г., Агафонов В. Б. Тенденции и перспективы совершенствования государственной политики в области экологического развития // *Актуальные проблемы российского права*. — 2017. — № 7. — С. 162—173.
5. Хлуденева Н. И. Перспективы развития правовой охраны арктических экосистем // *Журнал российского права*. — 2015. — № 11. — С. 114—122.

Материал поступил в редакцию 7 мая 2018 г.

MODERN TRENDS OF LEGAL SUPPORT OF STRATEGIC PLANNING OF ENVIRONMENTAL MANAGEMENT IN THE ARCTIC

ZHAVORONKOVA Natalya Grigoryevna — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Environmental and Natural Resources Law of the Kutafin Moscow State University (MSAL)
Gavoron49@mail.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

AGAFONOV Vyacheslav Borisovich — Doctor of Law, Professor of the Department of Environmental and Natural Resources Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
Vagafonoff@mail.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The article discusses legal problems of improving state policy and strategic planning for nature management in the Arctic. The results of the study of the valid documents of state strategic planning prove that*

the Arctic requires the acts (strategies) of spatial development, which must take into account both economic aspects of the development through the creation of “ecosystem-based management of human activities”, and environmental aspects, providing legal preservation of Arctic ecosystems during the implementation of the environmental management. The latter also take into account all of the Arctic threats and challenges in the implementation of the main directions of the development of the Arctic region.

Keywords: Arctic, subsurface use, strategic planning, legislation, public policy, environmental development.

REFERENCES

1. Agafonov V. B. *Pravovoe regulirovanie nedropolzovaniya v rayonakh kraynego severa i na kontinentalnom shelfe severnykh akvatoriy Rossiyskoy Federatsii* [Legal regulation of subsoil use in the far North regions and on the continental shelf of the Northern areas of the Russian Federation]. Rossiyskaya arktika — territoriya prava : almanakh [The Russian Arctic: territory rights: almanac]. T.Ya. Khabrieva, D.N. Kobylkin, V.P. Yemelyantsev [et al.]; Edited by T.Y. Khabrieva. Moscow: IZiSP; Salekhard: Administration of the Yamalo-Nenets Autonomous Okrug, Jurisprudence, 2014. Pp. 155—160.
2. Vypkhanova G. V., Zhavoronkova N. G. *Gosudarstvennaya ekologicheskaya politika i dokumenty strategicheskogo planirovaniya* [State environmental policy and strategic planning documents]. Ekologicheskoe pravo [Environmental law]. 2016. No. 3. Pp. 24—29.
3. Zhavoronkova N. G., Agafonov V. B. *Tendentsii i perspektivy sovershenstvovaniya gosudarstvennoy politiki v oblasti ekologicheskogo razvitiya* [Trends and prospects of improvement of the state policy in the field of ecological development]. Aktualnye problemy rossiyskogo prava [Actual problems of Russian law]. 2017. No. 7. Pp. 162—173.
4. Zhavoronkova N. G., Agafonov V. B. *Pravovye problemy strategicheskogo planirovaniya obespecheniya ekologicheskoy bezopasnosti nedropolzovaniya* [Legal issues of strategic planning of ecological safety of the subsoil use]. Agrarnoe i zemelnoe pravo [Agricultural and land law]. 2015. № 9 (129). Pp. 11—15.
5. Khludeneva N. I. *Perspektivy razvitiya pravovoy okhrany arkticheskikh ekosistem* [Prospects of the development of legal protection of the Arctic ecosystems]. Zhurnal rossiyskogo prava [Russian Law Journal]. 2015. No. 11. Pp. 114—122.

СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА И ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЕ СМЫСЛООБРАЗОВАНИЕ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Аннотация. Статья посвящена рассмотрению судебной практики в рамках общего понятия правоприменительного смыслообразования. Обосновывается, что судебная практика является нетипичным источником современного российского права, независимо от законодательного закрепления этого статуса и безотносительно к терминологическому выражению итоговых ее результатов. Анализируется взаимосвязь между институциональной (звено судебной системы) и содержательной (правообразующее значение судебных актов) сторонами правосудия. Отмечается нерешенность на доктринальном уровне вопроса о судебном прецеденте, представленном в российской версии как определение (изменение) практики применения правовой нормы. В дискуссионном ключе обсуждается законодательный способ решения в виде института пересмотра вступивших в законную силу судебных актов по новым обстоятельствам. Особое внимание уделено классификации форм выражения права в судебной деятельности на безусловные, представленные постановлениями Пленума и Президиума Верховного Суда РФ, и условные, приобретающие правообразующие свойства в процессе последующего положительного восприятия практикой высших судов, к которым в конечном счете могут быть отнесены любые судебные решения с точки зрения имеющегося в них правотворческого потенциала. Предлагаются и подвергаются осмыслению три основные модели взаимодействия между судебной практикой и законодательством: «суд — помощник законодателя», «суд — негативный законодатель», «суд — позитивный законодатель».

Ключевые слова: судебная практика, правоприменение, смыслообразование, источник права, судебная система, судебное решение, судебный прецедент, законодательство.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.140.7.125-134

Тема судебной практики, широко освещаемая в отечественной юридической литературе, имеет недостаточно разработанный аспект. Он связан с тем, что различные компоненты судебной деятельности — усмотрение, толкование и др., — выступают средствами особого правоприменительного смыслообразования. Это деятельность судов и участников правоприменительного процесса по поиску ситуа-

ционного смысла норм права при разрешении конкретного дела, по уточнению, модификации их смысла в процессе обобщения правоприменительной практики. Рассмотрение этих компонентов в системной взаимосвязи облегчает комплементарное освещение социальной роли и юридического значения судебной практики, а также позволяет определить в рамках общей терминологической базы соотношение

© Гаврилова Ю. А., 2018

* Гаврилова Юлия Александровна, кандидат юридических наук, доцент Волгоградского государственного университета (ВолГУ)

gavrilova_ua@volsu.ru

400062, Россия, г. Волгоград, просп. Университетский, д. 100

практически всех средств правового воздействия, которые используются судами в их деятельности и по поводу которых ведутся жаркие дебаты между учеными. Данный вопрос является новым, так как судебная практика в аспекте правоприменительного смыслообразования еще не рассматривалась.

Проблема признания судебной практики источником права имеет давние традиции изучения в отечественной науке, но не является абсолютно изученной. В рамках этой проблемы остаются дискуссионными следующие составные и частные аспекты:

- 1) необходимо ли законодательное закрепление судебной практики в качестве источника права или нет;
- 2) какой содержательный компонент судебной практики (судебное решение или судебный прецедент) приобретает правообразующее значение, или с другой, институциональной, точки зрения, какое звено судебной системы может порождать саму эту практику в качестве такого источника (только решения высших судов России, а равно решения Европейского Суда по правам человека (далее — ЕСПЧ), либо решения любых судов и особенно нижестоящего звена);
- 3) в каком порядке взаимодействуют судебная практика и законодательство.

Смысл постановки вопроса об официальном статусе судебной практики заключается в достижении с помощью ответа на него социально полезного эффекта: обеспечения устойчивого социально-экономического развития, политической свободы, правовой охраны Конституции России и т.п. О закреплении в законе такого источника права, как судебная практика, по нашим наблюдениям, начинают говорить тогда, когда имеет место недостаточный уровень легитимности судебной власти в обществе. Сложившаяся ситуация с профессио-

нальным и кадровым обеспечением отправления правосудия в первой инстанции далека от идеальной. Она оценивается в диапазоне от «хорошей» до крайне нигилистической. Но главное в том, что «мораль, нравственность надолго ушли в прошлое»¹.

Можно согласиться с презумпцией более высокой компетентности и авторитета судей высших инстанций (ведь их нагрузка в целом меньше и ответственность выше), но с учетом специфики современных российских условий при переходе на вышестоящие должности от судей, отработавших в первой инстанции, трудно ожидать стремительного профессионального совершенствования. Поэтому остро встают на повестке дня вопросы репутационного имиджа судебной власти в обществе: расширения участия присяжных заседателей в суде первой инстанции, выборных начал в судебном корпусе, снижения общей нагрузки (но как этого достичь?) и т.д.² Заметим, что сами по себе внутренние организационные изменения в судебном сообществе проблемы не решат без перестройки судейского сознания и «шлифовки» чувства совести.

Данная логика подтверждается тем, что авторы, ратующие за законодательное закрепление судебной практики в качестве источника права, не раскрывают причин, для чего это необходимо, и какие задачи при этом решаются³. Очевидно, что морально авторитетная судебная власть располагает высоким кредитом доверия в обществе, а для этого требуется не принудительное «возведение в закон» ее социальной роли, а надлежащий уровень развития благосостояния, морального воспитания и профессионального отбора.

Следует во многом согласиться и поддерживать обоснованное мнение судьи Конституционного суда Республики Татарстана Ф. Н. Багаутдинова о том, что в будущих судьях

¹ Синцов Г. В. К вопросу об этическом воспитании юристов в современной России // Российская юстиция. 2012. № 11. С. 37.

² См.: Терехин В. А. Проблемы повышения эффективности правосудия и доверия к судейскому корпусу: продолжение дискуссии // Российская юстиция. 2012. № 8. С. 47.

³ См.: Сухов И. В. К вопросу о судебном правотворчестве // Вестник Челябинского государственного университета. Серия «Право». 2011. № 4. С. 12; Свирин Ю. А. Судебный прецедент: от научных дискуссий к единообразию в судебной практике // Актуальные проблемы российского права. 2015. № 11. С. 20—25. В. С. Белых пишет об отсутствии необходимости внесения изменений в Конституцию РФ, но судебный прецедент должен получить «юридическую прописку» в системе источников права. См. подробнее: Белых В. С. Судебный прецедент как источник правового регулирования: спорные вопросы теории и практики // Закон. 2012. № 5. С. 185—191; Соловьева Т. В. Значение постановлений высших судебных органов в гражданском процессуальном законодательстве // Российская юстиция. 2015. № 1. С. 32—34.

надо воспитывать милосердие, так как именно мудрый человек, имеющий опыт и знания в разных сферах жизни, способен без предвзятости судить о преступлении и наказании, справедливости и т.д.⁴ Вследствие этого важно дальнейшее обсуждение мер по повышению легитимности и поддержанию доверия к действиям суда у российских граждан. И в прямом соотношении с реализацией этих мер находится ответ на вопрос о легализации судебной практики в правовой системе.

Какой же элемент судебной практики имеет правообразующее значение — любое судебное решение или судебный прецедент высших судебных инстанций? Формулируются ли в результате судебной практики новые правовые нормы или предписания иного, в том числе «нормативного», «интерпретационного», «прецедентного» и т.п. характера? Мы не ставим специальной целью подробно осветить эти вопросы, по которым издано сегодня очень много специальной литературы. Предмет нашего интереса составляет взаимосвязь между институциональным звеном судебной системы и содержательной стороной «продукта» его деятельности, которая представляется одной из ключевых в раскрытии природы и специфики соответствующего правоприменительного смыслообразования в судебной деятельности.

Можно предположить, что распространение правотворческих аспектов на любое судебное решение выглядит скорее отдаленной перспективой, вытекающей из задач формиро-

вания правового государства и налаживания контроля институтов гражданского общества за действиями судебной власти⁵. Отметим, что в юридической литературе все реже можно встретить принципиальное мнение о том, что решение суда должно основываться по возможности на буквальном толковании действующего законодательства, но соображения справедливости и целесообразности должны не проявляться в правоприменении, а находить отражение в самом законе⁶.

Напротив, когда озвучивается вопрос о судебном прецеденте (главным образом как основании или результате деятельности высших судов России и ЕСПЧ) можно обнаружить «красочную» палитру аргументов «за» и «против». От сторонников признания судебного прецедента источником права мы слышим аргументы:

- 1) об исторической оправданности его применения в целом и опыте его использования в дореволюционной России в частности;
- 2) о легитимности принятия его на основе убеждения;
- 3) о полезности для развития экономики, глобализации и интеграционных процессов⁷.

От противников судебного прецедента мы узнаем о нем как:

- 1) об «узаконенной» форме судебного произвола, нуждающейся в постоянном контроле;
- 2) всего лишь о правоприменительном акте «повышенного интерпретационного значения», юридическом факте, регулирующем

⁴ См.: Багаутдинов Ф. Н. Правосудие должно быть милосердным // Российская юстиция. 2012. № 5. С. 45.

⁵ См.: Минасян Г. М. Судебная практика как основа судебного решения в гражданском судопроизводстве // Евразийский юридический журнал. 2017. № 3. С. 269—270.

⁶ Такое мнение высказывается в одной из статей (см.: Гааг Л. В. Толкование норм права и законность // Вестник Томского государственного университета. Право. 2013. № 3. С. 6).

⁷ См. подробнее: Артеменко И. А. Место и роль судебного прецедента в системе источников уголовного права дореволюционной России // Вестник Московского государственного областного университета. Серия «Юриспруденция». 2015. № 4. С. 82—85.

Г. А. Гаджиев говорит о постепенности внедрения прецедентного права в России. Об этом см.: Гаджиев Г. А. Решения высших судов России как общественный капитал // Вестник Московского университета. Серия 11 «Право». 2015. № 1. С. 16; Назаров И. Д., Мигушов К. А. Взаимодействие морального и правового в процессах повседневности и отправления правосудия // Вестник Санкт-Петербургского государственного университета технологии и дизайна. Серия 3 «Экономические, гуманитарные и общественные науки». 2016. № 2. С. 41—43; Силаева О. С. Судебный прецедент как источник права в России // Вестник Челябинского государственного университета. Серия «Право». 2011. № 19. С. 16; Шевцов А. Л. Теоретический анализ судебного прецедента как элемента наднациональной системы источников права Европейского Союза в условиях современного интеграционного строительства // Известия Юго-Западного государственного университета. Серия «История и право». 2016. № 4. С. 20—25.

конкретные отношения, но не категории дел и, наконец,

- 3) о явлении, не свойственном российской правовой системе, взамен которого в традиции некоторых дореволюционных русских правоведов необходимо шире применять аналогию закона и аналогию права⁸.

При этом следует всегда помнить, что отношение к судебному прецеденту определяется преимущественно по субъекту его социальной легитимации и официальной легализации (законодатель или высшие суды), но в случае с высшими судами — это всегда в определенной степени нарушение принципа «*Nemo iudex in propria causa*» — никто не может быть судьей в собственном деле, поскольку о том, что эта правовая позиция подлежит обязательному учету как прецедент, заключает именно сам высший суд, а это мнение возвращает нас к исходному тезису о необходимости (возможности) легализации прецедента только законодателем.

В Российской Федерации вопрос о правообразующей роли судебного прецедента имеет законодательный и доктринальный способы решения. На законодательном уровне в соответствии с известными потребностями правоприменительной практики Федеральным законом от 09.12.2010 № 353-ФЗ ст. 392 Гражданского процессуального кодекса РФ (далее — ГПК РФ) изложена в новой редакции, ее п. 5 ч. 4 устанавливает следующее. К новым обстоятельствам, на основании которых вступившее в законную силу судебное постановление может быть пересмотрено, относится определение (изменение) практики применения правовой нормы в постановлении Пленума Верховного Суда РФ или в постановлении Президиума Верховного Суда РФ, вынесенном по данному конкретному делу или в рамках другого дела в порядке надзора (далее — соответственно Пленум и Президиум)⁹.

В одном из последних постановлений Конституционного Суда РФ от 17.10.2017 № 24-П по делу о проверке конституционности п. 5 ч. 4 ст. 392 ГПК РФ в связи с жалобами граждан

Д. А. Абрамова, В. А. Ветлугаева и других было разъяснено, что практика применения правовой нормы не может быть определена (изменена) кассационным определением Судебной коллегии Верховного Суда РФ.

Обоснование этого состоит в том, что постановления Пленума или Президиума являются окончательными (т.е. не подлежат отмене или изменению в установленном процессуальным законом порядке), принимаются в составе, отражающем правовую позицию Верховного Суда РФ в целом, и только в случаях, имеющих особое значение, например, для формирования единообразной правоприменительной практики или для устранения нарушений, имеющих существенный и фундаментальный характер¹⁰. В целом с этим взглядом можно согласиться, но остались вопросы.

Если кассационное определение Судебной коллегии Верховного Суда РФ положительно воспринято последующей практикой Президиума или подход обобщен Пленумом, то фактически оно пересматривает имеющуюся практику с момента принятия. Если же практика формально пересмотрена намного позже, чем вынесенное «позитивное» кассационное определение, то в свете предполагаемого введения пресекающего процессуального срока для такого пересмотра это может повлечь невозможность обращения за защитой права, например, в силу истечения срока или просто из-за нежелания заинтересованных лиц нести временные и организационные затраты.

К тому же основания для пересмотра судебного акта в кассационном и надзорном порядке обладают во многом сходными чертами: а) существенные нарушения норм материального права или норм процессуального права, которые повлияли на исход дела и без устранения которых невозможны восстановление и защита нарушенных прав, свобод и законных интересов, а также защита охраняемых законом публичных интересов (ст. 387 ГПК РФ); б) нарушение прав и свобод человека и гражданина, гарантированных Конституцией РФ, общепризнанными принципами и нормами международного пра-

⁸ См.: Поляков С. Б. Судебный прецедент в России: форма права или произвола? // Lex Russica. 2015. № 3. С. 28—42; Хусаинова М. В. Общие закономерности развития судебного толкования в Российской Федерации и Федеративной Республике Германия // Евразийский юридический журнал. 2014. № 11. С. 83; Андреев В. К. Судебная практика и гражданское законодательство: проблемы взаимодействия // Российское правосудие. 2015. № 7. С. 10—15.

⁹ СЗ РФ. 2010. № 50. Ст. 6611.

¹⁰ URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 05.12.2017).

ва, международными договорами Российской Федерации, прав и законных интересов неопределенного круга лиц или иных публичных интересов, единообразия в толковании и применении судами норм права (ст. 391.9 ГПК РФ).

Довод же о большем или меньшем составе судей Верховного Суда РФ, формулирующих практику, характеризуется тогда незначительным весом и находится в рамках ранее уже названной презумпции авторитета и квалификации судей верховных инстанций.

На доктринальном же уровне остаются нерешенными вопросы понятийного осмысления «практики применения нормы права», «определения этой практики», «изменения этой практики», так как практика складывается на основании конкретных решений, до принятия некоторых «знаковых» постановлений Пленума или Президиума она еще не сложилась, можно очертить лишь ее примерные рамки.

Примечательно, что в ходе обострившейся в последние годы темы «конкуренции юрисдикций» ЕСПЧ и российских судов влияние решений ЕСПЧ на российскую правовую систему признается как сторонниками этого влияния, так и его противниками. Однако сегодня мало кто вспоминает, что эта полемика началась еще с определения Конституционного Суда РФ от 22.05.1996 № 62-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Аветяна Вельмира Арамаисовича как не соответствующей требованиям Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»: «...что касается возможности обжалования решений Конституционного Суда Российской Федерации, то следует иметь в виду, что Конституцией Российской Федерации, определяющей полномочия и порядок деятельности Конституционного Суда Российской Федерации, не предусмотрено образование какого бы то ни было органа, правомочного пересматривать его

решения. Вместе с тем в соответствии с частью третьей статьи 46 Конституции Российской Федерации, если исчерпаны все имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты, каждый вправе обратиться в установленном порядке в межгосударственные органы по защите прав и свобод человека, а значит и **обжаловать в них решение Конституционного Суда Российской Федерации**»¹¹.

На протяжении двух десятилетий формировалась устойчивая тенденция следования прецедентам ЕСПЧ в российской правоприменительной практике и доктринальная ее поддержка¹², но имеются и мнения против признания решений ЕСПЧ прецедентами¹³. Развитие идей о прецедентном характере решений ЕСПЧ для отечественной правоприменительной практики будет зависеть от степени сближения позиций юридической науки и практики в результате их взаимодействия, и хочется верить, что политические факторы окажут на этот процесс наименьшее влияние.

Мы придерживаемся позиции, что судебная практика является нетипичным источником современного российского права, вне зависимости от того, закреплено это законодательно или нет, а также безотносительно к тому, какими особыми терминами, насыщенными эстетическими коннотациями, содержательно описывается итог правоприменительного смыслообразования: «результат толкования», «правовые позиции», «правоположения судебной практики», «правила применения», «объем правоприменительного усмотрения» и т.д.

Можно выделить два основных повода или две причины судебного нормотворчества:

1) при стабильном направлении развития практики частота и повторяемость разъяснений смысла одних и тех же правовых норм увеличиваются неравномерными темпами, вследствие чего образуется «разрыв»

¹¹ URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения: 05.12.2017).

¹² См.: Аверьянов К. Ю. Решения Европейского Суда по правам человека в системе источников права // Актуальные проблемы российского права. 2012. № 2. С. 275—284; Иодковский Э. В. Соотношение юрисдикций Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского Суда по правам человека и их влияние на гражданское судопроизводство // Актуальные проблемы российского права. 2012. № 1. С. 196—205; Калиниченко П. А. Европеизация российской судебной практики (на примере влияния права Европейского Союза на решения российских судов) // Lex Russica. 2013. № 11. С. 1224—1234; Никитина А. В. Европейские правовые ценности в решениях Конституционного Суда Российской Федерации (на примере права на судебное разбирательство в разумный срок) // Lex Russica. 2012. № 4. С. 615—650.

¹³ См., например, Марченко М. Н. О юридической природе и характере решений Европейского Суда по правам человека // Вестник Московского университета. Серия 11 «Право». 2016. № 2. С. 5—22.

между потребностями и ожиданиями субъектов практики и возможностями суда «ответить» на эти запросы в конкретном деле. Судья рассуждает по схеме: «может быть где-то уже и есть какая-то практика, но мне она неизвестна, а надо же что-то делать, решить “здесь и сейчас”». Поэтому в таком своеобразном деятельностном «порыве» пробиваются «ростки» спонтанного творчества, а решение основывается на «усмотрении по обстоятельствам»;

- 2) при относительно постоянных темпах развития судебной практики кардинально изменяется ее траектория, модифицирующая смысл применяемых норм права: видоизменяется круг лиц, в отношении которых они действуют, принципиально производится пересмотр юридической квалификации сходных деяний, формулируются разные правовые последствия действий сторон правоотношения и т.д. При этом судья опирается на обширный багаж правоприменительного смыслообразования, к которому могут относиться не только толкование, но и конкретизация правового статуса субъектов, применение по аналогии как самих юридических норм, так и правовых позиций. Например, в результате интерпретации законодательства о военной службе в конституционном судопроизводстве такие правовые позиции часто «переносятся» в сферу действия законодательства о службе в таможенных органах, органах наркоконтроля и пожарной охраны, исходя из немецкого принципа «*gleiches gleich zu werten*» («равное оценивать по-равному»). Отсюда все формы выражения права в судебной деятельности можно классифицировать на *безусловные*, представленные постановлениями Пленума и Президиума, и *условные*, признаваемые таковыми источниками после последующего положительного восприятия судебной практикой Пленума и Президиума (кассационные определения, обзоры судебной практики, ответы на вопросы и т.д.). Именно такое видение решения этого вопроса, по нашему мнению, способствует

компромиссу между сторонниками схемы «любого судебного решения», имеющего правотворческий потенциал, и схемы «судебного прецедента», представляющего собой эталон судебного творчества в виде научно обоснованного и широко признанного в профессиональном сообществе образца правоприменительного смыслообразования.

Дополнительно отметим, что требуется установление определенных рамок, адаптирующих использование модели прецедента в отечественной практике, на что справедливо обращалось внимание в публикациях по этой теме¹⁴. Специфика правоприменительного смыслообразования с помощью прецедента в российской правовой системе усматривается в его двойственном характере: с одной стороны, он распространяется только на будущее время (в части обязательности указаний вышестоящего суда о толковании закона нижестоящему суду при повторном рассмотрении дела), с другой — применение его к ранее состоявшимся судебным решениям в порядке «сформировавшейся практики» возможно лишь в прямо предусмотренных им же самим случаях. Поэтому можно принять соответствующее мнение П. А. Якушева с оговоркой, что обратная сила судебного прецедента в России применима всегда в случаях, не ухудшающих положение гражданина в публичных правоотношениях с государством¹⁵.

Оценивая характер взаимосвязи судебной практики и законодательства, можно выделить три основных способа или модели такого взаимодействия:

- 1) «суд — помощник законодателя»;
- 2) «суд — негативный законодатель»;
- 3) «суд — позитивный законодатель».

Модель «суд — помощник законодателя» основывается на обобщении имеющейся практики и реализации Верховным Судом РФ права законодательной инициативы. Она предполагает опосредованное участие судов в правотворчестве путем формирования правовоположений судебной практики в качестве «прообразов» будущих норм и для нашей страны формально по Конституции России остается пока еще основной моделью.

¹⁴ См.: Арановский К. В., Князев С. Д. Ограничения судебного прецедента в романо-германском праве // Правоведение. 2012. № 4. С. 51—66; Архипов В. В., Поляков А. В., Тимошина Е. В. Адаптация опыта систем прецедентного права к российской правовой системе: к постановке проблемы // Правоведение. 2012. № 3. С. 113—134.

¹⁵ См.: Якушев П. А. Обеспечение стабильности и единства судебной практики при изменении толкования правовой нормы высшей судебной инстанцией // Российская юстиция. 2014. № 7. С. 51—54.

Эффективность модели «суд — негативный законодатель» будет зависеть от теоретического решения вопроса о соотношении правотворчества и конституционного (судебного) нормоконтроля. Если за основание сравнения брать вид юридической деятельности, то суды, признающие недействительными нормативные акты или их часть, занимаются правотворчеством лишь опосредованно. Но если абстрактный судебный нормоконтроль рассматривать как внесение элементов творческой новизны в основные смыслы отраслевого регулирования путем формирования, «приращения» к ним дополнительных смыслов, то, вероятно, мы будем иметь дело уже с непосредственным правотворчеством суда.

В рамках модели «суд — позитивный законодатель» непосредственное правотворчество судов путем создания прецедентов, использования широкого усмотрения и т.д. может иметь место в силу острой необходимости практической адаптации закона, но, как правило, в идеале самим законом должны регламентироваться случаи, порядок и условия применения правотворческих инструментов. Судья Конституционного Суда РФ А. Н. Кокотов выделяет в данном плане следующие процедуры:

- а) толкование Конституции РФ;
- б) проверка конституционности актов отраслевого законодательства;
- в) выявление и легализация «скрытых» источников права¹⁶.

Особое значение такого смыслообразования связано с усложненным порядком пересмотра Конституции РФ, когда право законодательной инициативы не может быть реализовано по отношению к представительному (законодательному) органу власти потому, что в данном случае «законодатель» — это народ. Это «вынуждает» Конституционный Суд РФ при осуществлении толкования Конституции России связать историческую волю народа с актуальным смыслом и содержанием его текста, например, создав новую форму конституционного права — закон РФ о поправке к Конституции РФ.

При этом перспективной представляется также идея «опережающего правотворчества», когда судебная практика создает модели правового регулирования, не предусмотренные законом даже в его нынешних концептуальных рамках, что используется законодателем при формулировании новых стратегических ориентиров правового развития¹⁷.

Таким образом, судебная практика как специфический механизм функционирования судебной правоприменительной системы использует огромный арсенал средств правового воздействия на общественные отношения. Совокупность этих юридических средств разной природы и назначения можно назвать правоприменительным смыслообразованием, которое играет положительную роль для достижения возложенных на судебную власть целей и задач.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Аверьянов К. Ю. Решения Европейского Суда по правам человека в системе источников права // Актуальные проблемы российского права. — 2012. — № 2.
2. Андреев В. К. Судебная практика и гражданское законодательство: проблемы взаимодействия // Российское правосудие. — 2015. — № 7.
3. Арановский К. В., Князев С. Д. Ограничения судебного прецедента в романо-германском праве // Правоведение. — 2012. — № 4.
4. Артеменко И. А. Место и роль судебного прецедента в системе источников уголовного права дореволюционной России // Вестник Московского государственного областного университета. — Серия «Юриспруденция». — 2015. — № 4.
5. Архипов В. В., Поляков А. В., Тимошина Е. В. Адаптация опыта систем прецедентного права к российской правовой системе: к постановке проблемы // Правоведение. — 2012. — № 3.
6. Багаутдинов Ф. Н. Правосудие должно быть милосердным // Российская юстиция. — 2012. — № 5.

¹⁶ См.: Кокотов А. Н. О правотворческом содержании решений Конституционного Суда Российской Федерации // Российская юстиция. 2014. № 4. С. 21—24.

¹⁷ Об этом см., например, Татаркина К. П. Изменение законодательства и судебное толкование правил о договоре присоединения // Вестник Томского государственного университета. Право. 2015. № 1. С. 116.

7. *Белых В. С.* Судебный прецедент как источник правового регулирования: спорные вопросы теории и практики // Закон. — 2012. — № 5.
8. *Будылин С. Л.* Что творит суд? Правотворчество судов и судебный прецедент в России // Закон. — 2012. — № 10.
9. *Гааг Л. В.* Толкование норм права и законность // Вестник Томского государственного университета. Право. — 2013. — № 3.
10. *Гаджиев Г. А.* Решения высших судов России как общественный капитал // Вестник Московского университета. — Серия 11 «Право». — 2015. — № 1.
11. *Иодковский Э. В.* Соотношение юрисдикций Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского Суда по правам человека и их влияние на гражданское судопроизводство // Актуальные проблемы российского права. — 2012. — № 1.
12. *Калиниченко П. А.* Европеизация российской судебной практики (на примере влияния права Европейского Союза на решения российских судов) // Lex Russica. — 2013. — № 11.
13. *Марченко М. Н.* О юридической природе и характере решений Европейского Суда по правам человека // Вестник Московского университета. — Серия 11 «Право». — 2016. — № 2.
14. *Минасян Г. М.* Судебная практика как основа судебного решения в гражданском судопроизводстве // Евразийский юридический журнал. — 2017. — № 3.
15. *Назаров И. Д., Мигушов К. А.* Взаимодействие морального и правового в процессах повседневности и отправления правосудия // Вестник Санкт-Петербургского государственного университета технологии и дизайна. — Серия 3 «Экономические, гуманитарные и общественные науки». — 2016. — № 2.
16. *Никитина А. В.* Европейские правовые ценности в решениях Конституционного Суда Российской Федерации (на примере права на судебное разбирательство в разумный срок) // Lex Russica. — 2012. — № 4.
17. *Поляков С. Б.* Судебный прецедент в России: форма права или произвола? // Lex Russica. — 2015. — № 3.
18. *Свирин Ю. А.* Судебный прецедент: от научных дискуссий к единообразию в судебной практике // Актуальные проблемы российского права. — 2015. — № 11.
19. *Синцов Г. В.* К вопросу об этическом воспитании юристов в современной России // Российская юстиция. — 2012. — № 11.
20. *Соловьева Т. В.* Значение постановлений высших судебных органов в гражданском процессуальном законодательстве // Российская юстиция. — 2015. — № 1.
21. *Сухов И. В.* К вопросу о судебном правотворчестве // Вестник Челябинского государственного университета. — Серия «Право». — 2011. — № 4.
22. *Татаркина К. П.* Изменение законодательства и судебное толкование правил о договоре присоединения // Вестник Томского государственного университета. Право. — 2015. — № 1.
23. *Терехин В. А.* Проблемы повышения эффективности правосудия и доверия к судебному корпусу: продолжение дискуссии // Российская юстиция. — 2012. — № 8.
24. *Хусаинова М. В.* Общие закономерности развития судебного толкования в Российской Федерации и Федеративной Республике Германия // Евразийский юридический журнал. — 2014. — № 11.
25. *Шевцов А. Л.* Теоретический анализ судебного прецедента как элемента наднациональной системы источников права Европейского Союза в условиях современного интеграционного строительства // Известия Юго-Западного государственного университета. — Серия «История и право». — 2016. — № 4.
26. *Якушев П. А.* Обеспечение стабильности и единства судебной практики при изменении толкования правовой нормы высшей судебной инстанцией // Российская юстиция. — 2014. — № 7.

Материал поступил в редакцию 15 января 2018 г.

COURT PRACTICE AND ENFORCEMENT LEGAL SENSE IN THE RUSSIAN FEDERATION

GAVRILOVA Yuliya Aleksandrovna — PhD in Law, Associate Professor of the Volgograd State University (VolGU)
gavrilova_ua@volsu.ru
400062, Russia, Volgograd, prosp. Universitetskiy, d. 100

Abstract. *The article is devoted to court practice within the general concept of the enforcement legal sense. It is proved that jurisprudence is not a source of modern Russian law, regardless of legislative consolidation of the status and irrespective of the terminological expression of the results. The author analyzes the relationship between institutional (the part of the judicial system) and substantive (the importance of judicial law-making acts) of the parties to justice. It is noted that on the doctrinal level there is an open question on judicial precedent, represented in the Russian version as the definition (change) of practice of application of legal norms. The article discusses legislative methods of its solution in the form of institute of revision of entered into legal force judicial acts on new circumstances. Special attention is given to the classification of the forms of expression of law in the judicial activities that fall into unconditional, presented by the Plenum and the Presidium of the Supreme Court of the Russian Federation, and conditional, acquiring law-making features during subsequent positive perception of the practice of the higher courts, which ultimately can be assigned to any judicial decisions from the standpoint of existing law-making capacity. Three main models of interaction between litigation and legislation are considered: “the court — aide to legislator”, “the court — negative legislator” and “the court — positive legislator”.*

Keywords: *court practice, enforcement, legal sense, source of law, judicial system, judicial decision, judicial precedent, legislation.*

REFERENCES

1. Averyanov K. Yu. *Resheniya Evropeyskogo suda po pravam cheloveka v sisteme istochnikov prava* [The decisions of the European Court of Human Rights in the system of sources of law]. Aktualnye problemy rossiyskogo prava [Actual problems of Russian law]. 2012. No. 2.
2. Andreev V. K. *Sudebnaya praktika i grazhdanskoe zakonodatelstvo: problemy vzaimodeystviya* [Court practice and civil law: problems of interaction]. Rossiyskoe pravosudie [The Russian justice]. 2015. No. 7.
3. Aranovskiy K. V., Knyazev S. D. *Ogranicheniya sudebnogo pretsedenta v romanogermanskom prave* [Limits of judicial precedent in Romano-Germanic law]. Pavovedenie [Jurisprudence]. 2012. No. 4.
4. Artemenko I. A. *Mesto i rol sudebnogo pretsedenta v sisteme istochnikov ugolovnogo prava dorevolyutsionnoy Rossii* [The place and role of judicial precedent in the system of sources of criminal law in pre-revolutionary Russia]. Vestnik Moskovskogo gosudarstvennogo oblastnogo universiteta. Seriya: Pravo [Bulletin of Moscow State Regional University. Series: Law]. 2015. No. 4.
5. Arkhipov V. V., Polyakov A. V., Timoshina E.V. *Adaptatsiya opyta sistem pretsedentnogo prava k rossiyskoy pravovoy sisteme: k postanovke problemy* [Adaptation of the system of case law experience to the Russian legal system: problem statement]. Pavovedenie [Jurisprudence]. 2012. No. 3.
6. Bagautdinov F. N. *Pravosudie dolzhno byt miloserdnyim* [Justice must be merciful]. Rossiyskoe pravosudie [Russian justice]. 2012. No. 5.
7. Belykh S. V. *Sudebnyy pretsedent kak istochnik pravovogo regulirovaniya: spornye voprosy teorii i praktiki* [Judicial precedent as a source of legal regulation: controversial issues of theory and practice]. Zakon [Law]. 2012. No. 5.
8. Budylin S. L. *Chto tvorit sud? Pravotvorchestvo sudov i sudebnyy pretsedent v Rossii* [What is the court doing? The law-making process of courts and judicial precedent in Russia]. Zakon [Law]. 2012. No. 10.
9. Gaag L. V. *Tolkovanie norm prava i zakonnost* [Law interpretation and due process of law]. Vestnik tomского gosudarstvennogo universiteta [Bulletin of the Tomsk State University]. Law. 2013. No. 3.
10. Gadzhiev G. A. *Resheniya vysshikh sudov Rossii kak obshchestvennyy kapital* [Decisions of higher courts of Russia as a social capital]. Vestnik Moskovskogo universiteta — Seriya 11: Pravo [Bulletin of Moscow University. Series 11: Law]. 2015. No. 1.

11. Iodkovskiy E. V. *Sootnoshenie yurisdiksiy konstitutsionnogo suda Rossiyskoy Federatsii i Evropeyskogo suda po pravam cheloveka i ikh vliyanie na grazhdanskoe sudoproizvodstvo* [The correspondence of the jurisdiction of the Constitutional Court of the Russian Federation and the European Court of Human Rights and their impact on civil procedure]. *Aktualnye problemy rossiyskogo prava* [Actual problems of Russian law]. 2012. No. 1.
12. Kalinichenko P. A. *Evropeizatsiya rossiyskoy sudebnoy praktiki na primere vliyaniya prava Evropeyskogo Soyuza na resheniya rossiyskikh sudov* [The Europeanization of the Russian judicial practice (the study of the influence of European Union law on the decisions of Russian courts)]. *Lex Russica*. 2013. No. 11.
13. Marchenko M. N. *O yuridicheskoy prirode i kharaktere resheniy evropeyskogo suda po pravam cheloveka* [The legal nature and the features of the decisions of the European Court of Human Rights]. *Vestnik Moskovskogo universiteta* [Bulletin of Moscow University. Series 11: Law]. 2016. No. 2.
14. Minasyan G. M. *Sudebnaya praktika kak osnova sudebnogo resheniya v grazhdanskom sudoproizvodstve* [Judicial practice as the basis of judicial decisions in civil proceedings]. *Evraziyskiy yuridicheskiy zhurnal* [Eurasian law journal]. 2017. No. 3.
15. Nazarov I. D., Migushov K. A. *Vzaimodeystvie moralnogo i pravovogo v protsessakh povsednevnosti i otpravleniya pravosudiya* [The interaction of moral and legal in the everyday processes and the administration of justice]. *Vestnik Sankt-Peterburgskogo gosudarstvennogo universiteta tekhnologii i dizayna. Seriya 3: Ekonomicheskie, gumanitarnye i obshchestvennye nauki* [Vestnik of St. Petersburg State University of Technology and Design. Series 3: Economic, Humanitarian and Social Sciences]. 2016. No. 2.
16. Nikitina A. V. *Evropeyskie pravovye tsennosti v resheniyakh konstitutsionnogo suda rossiyskoy federatsii na primere prava na sudebnoe razbiratelstvo v razumnyy srok* [European legal values in the decisions of the constitutional Court of the Russian Federation (Case study of the right to trial within a reasonable time)]. *Lex Russica*. 2012. No. 4.
17. Polyakov S. B. *Sudebnyy pretsedent v Rossii: forma prava ili proizvola?* [Judicial precedent in Russia: form of law or arbitrariness?]. *Lex Russica*. 2015. No. 3.
18. Svirin A. Yu. *Sudebnyy pretsedent: ot nauchnykh diskussiy k edinoobraziyu v sudebnoy praktike* [Judicial precedent: from scientific discussions to uniformity in court practice]. *Aktualnye problemy rossiyskogo prava* [Actual problems of Russian law]. 2015. No. 11.
19. Sintsov G. V. *K voprosu ob eticheskoy vospitanii yuristov v sovremennoy Rossii* [To the question on the ethical education of lawyers in modern Russia]. *Rossiyskoe pravosudie* [Russian justice]. 2012. No. 11.
20. Soloveva T. V. *Znachenie postanovleniy vysshikh sudebnykh organov v grazhdanskom protsessualnom zakonodatelstve* [The value of the judgments of the higher judiciary in civil procedural law]. *Rossiyskoe pravosudie* [Russian justice]. 2015. No. 1.
21. Sukhov I. V. *K voprosu o sudebnom pravotvorchestve* [To the question of judicial law-making]. *Vestnik chelyabinskogo gosudarstvennogo universiteta* [Bulletin of Chelyabinsk State University. Series: Law]. 2011. No. 4.
22. Tatarina K. P. *Izmenenie zakonodatelstva i sudebnoe tolkovanie pravil o dogovore prisoedineniya* [Changes in legislation and judicial interpretation of the rules on the contract attachment]. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta* [Tomsk State University Journal]. Law. 2015. No. 1.
23. Terekhin V. A. *Problemy povysheniya effektivnosti pravosudiya i doveriya k sudeyskomu korpusu: prodolzhenie diskussii* [Problems of improving the efficiency of justice and trust in the judiciary: continuation of the discussion]. *Rossiyskoe pravosudie* [Russian justice]. 2012. No. 8.
24. Khusainova M. V. *Obshchie zakonomernosti razvitiya sudebnogo tolkovaniya v Rossiyskoy Federatsii i Federativnoy Respublike Germanii* [General regularities of the development of judicial interpretations in the Russian Federation and the Federal Republic of Germany]. *Evraziyskiy yuridicheskiy zhurnal* [Eurasian law journal]. 2014. No. 11.
25. Shevtsov A. L. *Teoreticheskiy analiz sudebnogo pretsedenta kak elementa nadnatsionalnoy sistemy istochnikov prava Evropeyskogo Soyuza v usloviyakh sovremennogo integratsionnogo stroitelstva* [Theoretical analysis of judicial precedent as part of the supranational system of sources of the European Union law in modern conditions of integration]. *Izvestiya Yugo-apadnogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya: Istoriya i pravo* [Proceedings of the Southwest State University. Series: History and Law]. 2016. No. 4.
26. Yakushev P. A. *Obespechenie stabilnosti i edinstva sudebnoy praktiki pri izmenenii tolkovaniya pravovoy normy vysshey sudebnoy instantsiei* [Providing the stability and unity of judicial practice when changing interpretation of the legal norms by a higher court]. *Rossiyskoe pravosudie* [Russian justice]. 2014. No. 7.

А. И. Коробеев*,
А. И. Чучаев**

ОПРЕДЕЛЕНИЕ ПОНЯТИЯ ОПЬЯНЕНИЯ ПРИЗНАНО НЕКОНСТИТУЦИОННЫМ

Аннотация. В статье рассмотрены вопросы конституционности примечания 2 к ст. 264 УК РФ, которые по инициативе президиума Ивановского областного суда стали предметом рассмотрения Конституционным Судом РФ, пришедшим к выводу о том, что легальное определение состояния опьянения не соответствует Конституции РФ, нарушает ряд принципов уголовного права. Авторами показаны правовые позиции указанных судов, приведены научные заключения, подготовленные ими по запросу соответствующих должностных лиц. Оттолкнувшись от данного частного случая, авторы сделали попытку показать состояние российского уголовного законодательства, характеризующееся нарушением его системности (как внутренней, так и внешней), обусловленным в том числе непоследовательной уголовной политикой в области противодействия преступности вообще и транспортной преступности в частности, неудовлетворительной законодательной техникой.

В связи с признанием определения опьянения, сформулированного в примечании 2 к ст. 264 УК РФ, неконституционным, авторы предлагают законодательные решения, направленные на установление и учет данного обстоятельства как в УК РФ, так и в правоприменительной практике.

Ключевые слова: уголовный закон, транспортное преступление, состояние опьянения, легальное определение, примечание к ст. 264 УК РФ, позиции Ивановского суда, неконституционность примечания, причины, системность законодательства, совершенствование.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.140.7.135-157

СУДЕБНЫЙ ПАРАДОКС: БЫЛ ПЬЯН, НО ТАКОВЫМ ПРИЗНАТЬ НЕЛЬЗЯ

Приговором Фрунзенского районного суда г. Иваново 24 декабря 2016 г. Ж. осужден по ч. 6 ст. 264 УК РФ (в ред. Федерального закона

от 7 декабря 2011 г.) к 8 годам лишения свободы в исправительной колонии общего режима с лишением права управлять транспортным средством сроком на два года. Он признан виновным в нарушении правил дорожного движения, совершенном лицом, управляю-

© Коробеев А. И., Чучаев А. И., 2018

* Коробеев Александр Иванович, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовного права и криминологии Дальневосточного федерального университета, заслуженный деятель науки РФ

akorobeev@rambler.ru

690091, Россия, г. Владивосток, ул. Суханова, д. 8

** Чучаев Александр Иванович, доктор юридических наук, профессор Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

moksha1@rambler.ru

125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

щим транспортным средством в состоянии опьянения.

Как установлено судом первой инстанции, 22 марта 2015 г. (около 6 часов утра) Ж. в нарушение п. 2.1.2, 2.7 и 22.8 Правил дорожного движения РФ (далее — ПДД РФ) управлял автомобилем БМВ в состоянии алкогольного опьянения. В салоне автомобиля находились, кроме самого водителя, 5 человек, все они не были пристегнуты ремнями безопасности. Двигаясь по ул. Московской г. Иваново, при повороте налево Ж. нарушил требования п. 1.5, 10.1 и 10.2 ПДД РФ, не справился с управлением, выехал на тротуар, допустил «занос» автомобиля, наезд на снежный вал и опрокидывание транспортного средства. Выпавшие из кабины пассажиры М. и Г. получили телесные повреждения, от которых скончались.

Ж. скрылся с места дорожно-транспортного происшествия, в ходе предварительного расследования объявлялся в розыск, явился к следователю лишь 16 марта 2016 г. (спустя год после совершения преступления). К этому времени возможность установления состояния опьянения путем проведения медицинского освидетельствования или соответствующей экспертизы была утрачена. Вывод о нахождении виновного в состоянии опьянения в момент управления транспортным средством в результате употребления спиртного в ночь с 21 на 22 марта 2015 г. в ресторане и ночном клубе сделан судом на основании других имеющих в деле доказательств: собственных показаний Ж., показаний свидетелей, потерпевших К., М-ва, М-вой, кассового чека на приобретение 2 бутылок водки, видеозаписи из ночного клуба «Рокко», на которой видно, как по пути к машине и за рулем Ж. пьет из бутылки шампанское, и др.

Апелляционным постановлением Ивановского областного суда от 30 января 2017 г. приговор в отношении Ж. оставлен без изменения, апелляционные жалобы осужденного и его адвоката, в которых оспаривались квалификация содеянного по ч. 6 ст. 264 УК РФ и размер назначенного наказания, — без удовлетворения. Постановлением судьи Ивановского областного суда от 4 мая 2017 г. отказано в передаче кассационной жалобы адвоката на приговор Фрунзенского районного суда и апелляционное постановление Ивановского областного суда для рассмотрения в судебном заседании кассационной инстанции. Постановлением судьи Верховного Суда РФ от 28 сентября 2017 г.

аналогичная по содержанию кассационная жалоба адвоката о пересмотре состоявшихся в отношении Ж. судебных решений передана на рассмотрение в судебном заседании президиума Ивановского областного суда. Постановлением президиума Ивановского областного суда от 17 ноября 2017 г. производство по уголовному делу в суде кассационной инстанции приостановлено в связи с обращением в Конституционный Суд РФ с запросом о проверке конституционности положений примечания 2 к ст. 264 УК РФ.

ПРАВОВАЯ ПОЗИЦИЯ ПРЕЗИДИУМА ИВАНОВСКОГО ОБЛАСТНОГО СУДА

В соответствии с примечанием 2 к ст. 264 УК РФ для целей данной статьи и ст. 264.1 УК РФ находящимся в состоянии опьянения признается лицо, управляющее транспортным средством, в случае установления факта употребления им вызывающих алкогольное опьянение веществ, который определяется наличием абсолютного этилового спирта в концентрации, превышающей возможную суммарную погрешность измерений, установленную законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях, или в случае наличия в организме этого лица наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов либо новых потенциально опасных психоактивных веществ, а также лицо, управляющее транспортным средством, не выполнившее законного требования уполномоченного должностного лица о прохождении медицинского освидетельствования на состояние опьянения в порядке и на основании предусмотренных законодательством Российской Федерации.

Опровергая доводы апелляционных жалоб о невозможности установления факта нахождения осужденного Ж. в состоянии алкогольного опьянения иначе, как путем проведения медицинского освидетельствования или судебной экспертизы, суд апелляционной инстанции в постановлении указал: «В силу п. 2.6 Правил дорожного движения РФ, если в дорожно-транспортном происшествии погибли или ранены люди, водитель, причастный к нему, обязан ожидать сотрудников полиции. Исходя из данного нормативного предписания действия Ж., который, как следует из показаний допрошенных свидетелей, будучи в состоянии алкогольного опьянения, скрылся с места дорож-

но-транспортного происшествия до прибытия сотрудников полиции и продолжал скрываться в дальнейшем, по своей сути равнозначны отказу от прохождения медицинского освидетельствования».

Судья Верховного Суда РФ, считая заслуживающими внимания доводы адвоката о неправомерном признании судом Ж. виновным в нарушении правил дорожного движения в состоянии опьянения, в постановлении указал: «По смыслу закона водитель, скрывшийся с места происшествия, может быть признан совершившим преступление, предусмотренное ст. 264 УК РФ, в состоянии опьянения, если после его задержания к моменту проведения медицинского освидетельствования на состояние опьянения или судебной экспертизы не утрачена возможность установить факт нахождения его в состоянии опьянения на момент управления транспортным средством».

Из представленных документов усматривается, что после дорожно-транспортного происшествия Ж. с места происшествия скрылся, медицинское освидетельствование на определение состояния опьянения в отношении него проведено не было, после его задержания возможность установления факта нахождения его в состоянии опьянения на момент управления транспортным средством была уже утрачена.

На основании положений ст. 10 УК РФ действии п. 2 примечания к ст. 264 УК РФ распространяется и на преступления, совершенные до вступления его в законную силу, поэтому оно подлежит применению и по этому уголовному делу».

Толкование судьей Верховного Суда РФ положений примечания 2 к ст. 264 УК РФ согласуется с правовой позицией Пленума Верховного Суда РФ, изложенной в п. 10.2 постановления от 9 декабря 2008 г. № 25 (в ред. от 24 мая 2016 г.) «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с нарушением правил дорожного движения и эксплуатации транспортных средств, а также с их неправомерным завладением без цели хищения»: «...водитель, не выполнивший законного требования уполномоченного должностного лица о прохождении медицинского освидетельствования на состояние опьянения (пункт 2.3.2 Правил), признается в соответствии с пунктом 2 примечаний к статье 264 УК РФ лицом, находящимся в состоянии опьянения, если направление на медицинское освидетельствование осуществлялось в соответствии с правилами, утвержденными

Правительством Российской Федерации, и отказ от медицинского освидетельствования (от любого предусмотренного вида исследования в рамках проводимого освидетельствования) зафиксирован должностным лицом, которому предоставлено право государственного надзора и контроля за безопасностью движения и эксплуатации транспорта, в протоколе о направлении на медицинское освидетельствование либо уполномоченным медицинским работником в акте медицинского освидетельствования на состояние опьянения.

Водитель, скрывшийся с места происшествия, может быть признан совершившим преступление, предусмотренное статьей 264 или 264.1 УК РФ, в состоянии опьянения, если после его задержания к моменту проведения медицинского освидетельствования на состояние опьянения или судебной экспертизы не утрачена возможность установить факт нахождения лица в состоянии опьянения на момент управления транспортным средством. В случае отказа от прохождения медицинского освидетельствования данное лицо признается управлявшим транспортным средством в состоянии опьянения».

При рассмотрении в кассационном порядке уголовного дела в отношении Ж. президиум Ивановского областного суда пришел к выводу о несоответствии примечания 2 к ст. 264 УК РФ Конституции РФ в той мере, в какой эти положения по смыслу, придаваемому им формируемой правоприменительной практикой, препятствуют привлечению к уголовной ответственности по ч. 2, 4 и 6 ст. 264 УК РФ лиц, совершивших преступления в состоянии опьянения и скрывшихся с места ДТП до прибытия должностного лица, которому предоставлено право государственного надзора и контроля за безопасностью движения и эксплуатации транспорта, с целью избежать обязательного в таких случаях медицинского освидетельствования.

Положения примечания 2 к ст. 264 УК РФ, по сути, стимулируют лиц, управляющих транспортным средством в состоянии опьянения и виновных в совершении ДТП, в котором погибли или ранены люди, скрываться с места происшествия до прибытия уполномоченного должностного лица, чтобы избежать направления на медицинское обследование, а в дальнейшем понести ответственность по менее суровому уголовному закону.

Исходя из приведенной трактовки рассматриваемого примечания суд, располагающий

иными доказательствами, свидетельствующими о нахождении лица в состоянии опьянения на момент совершения преступления, не только вынужден квалифицировать содеянное по более мягкой уголовно-правовой норме, но и лишен возможности признать данное обстоятельство отягчающим наказание виновного.

Из принципов правового государства, справедливости и равенства всех перед законом и судом (ст. 1, 18 и 19 Конституции РФ) вытекает обращенное к законодателю требование определенности, ясности, недвусмысленности правовых норм и их согласованности в системе правового регулирования. Не согласующиеся друг с другом правовые нормы порождают противоречивую правоприменительную практику, ослабляют гарантии государственной защиты прав, свобод и законных интересов граждан (ч. 1 ст. 45, ч. 1 ст. 46 Конституции РФ).

ЗАКЛЮЧЕНИЕ О КОНСТИТУЦИОННОСТИ ПРИМЕЧАНИЯ 2 К СТ. 264 УГОЛОВНОГО КОДЕКСА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ¹

Диспозиция ст. 264 УК РФ, равно как и примечания к ней, носит бланкетный характер.

Действующая редакция примечания 2 к ст. 264 УК РФ устанавливает, что для целей данной статьи и статьи 264.1 УК РФ лицом, находящимся в состоянии опьянения, признается лицо, управляющее транспортным средством, в случае установления факта употребления этим лицом вызывающих алкогольное опьянение веществ, который определяется наличием абсолютного этилового спирта в концентрации, превышающей возможную суммарную погрешность измерений, установленную законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях, или в случае наличия в организме этого лица наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов либо новых потенциально опасных психоактивных веществ, а также лицо, управляющее транспортным средством, не выполнившее законного требования уполномоченного должностного лица о прохождении медицинского освидетельствования на состояние опьянения в порядке и на основаниях, предусмотрен-

ных законодательством Российской Федерации.

Бланкетность приведенного выше примечания — нисходящая, отсылающая к постановлению Правительства РФ от 23 октября 1993 г. № 1090 «О Правилах дорожного движения» (вместе с «Основными положениями по допуску транспортных средств к эксплуатации и обязанности должностных лиц по обеспечению безопасности дорожного движения») и приказу Минздрава России от 18 декабря 2015 г. № 933н «О порядке проведения медицинского освидетельствования на состояние опьянения (алкогольного, наркотического или иного токсического)».

Согласно п. 2.3.2 ПДД РФ водитель механического транспортного средства обязан по требованию должностных лиц, уполномоченных на осуществление федерального государственного надзора в области безопасности дорожного движения, проходить освидетельствование на состояние алкогольного опьянения и медицинское освидетельствование на состояние опьянения.

В соответствии с п. 2.6 ПДД РФ, если в дорожно-транспортном происшествии погибли или ранены люди, водитель, причастный к нему, обязан ожидать сотрудников полиции.

При этом примечание 2 к ст. 264 УК РФ фактически приравнивает правовое положение лиц, отказавшихся выполнять законное требование уполномоченного должностного лица о прохождении медицинского освидетельствования на состояние опьянения в порядке и на основаниях, предусмотренных законодательством РФ, к правовому положению лиц, состояние опьянения которых было установлено в соответствии с предусмотренным порядком.

Правовая неопределенность, ставшая предметом запроса президиума Ивановского суда, возникает исключительно из-за толкования примечания 2 к ст. 264 УК РФ как конструкции в виде юридической фикции, приравнивающей правовое положение лица, состояние опьянения которого было выявлено в установленном порядке, к лицам, которые не прошли соответствующее освидетельствование и вопрос о наличии состояния опьянения у ко-

¹ Заключение подготовлено доктором юридических наук, профессором, заведующим кафедрой уголовного права и криминологии Дальневосточного федерального университета, заслуженным деятелем науки РФ А. И. Коробеевым и доцентом этой же кафедры, кандидатом юридических наук А. И. Шишовым по запросу судьи Конституционного Суда РФ А. И. Бойцова.

торых может носить исключительно предположительный характер.

Полагаем, что законоположения названной нормы в той части, в которой они приравнивают положение освидетельствованных лиц и лиц, не прошедших освидетельствование в установленном законом порядке, входят в противоречие со ст. 49 Конституции РФ, закрепляющей презумпцию невиновности и предусматривающей, что каждый обвиняемый в совершении преступления считается невиновным, пока его виновность не будет доказана в предусмотренном федеральным законом порядке и установлена вступившим в законную силу приговором суда, обвиняемый не обязан доказывать свою невиновность, неустранимые сомнения в виновности лица толкуются в пользу обвиняемого.

При этом примечание 2 к ст. 264 УК РФ порождает правовую неопределенность и возможность произвольного его толкования.

Согласно ст. 71 Конституции РФ регулирование и защита прав и свобод человека и гражданина (п. «в»), а также уголовное законодательство (п. «о») находятся в ведении Российской Федерации. Реализуя свои полномочия в этой сфере, федеральный законодатель самостоятельно определяет содержание положений уголовного закона, в том числе устанавливает преступность общественно опасных деяний, их наказуемость и иные уголовно-правовые последствия совершения лицом преступления. При этом он связан требованиями ст. 55 (ч. 3) Конституции РФ, допускающими возможность ограничения прав и свобод человека и гражданина федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства, что предполагает — в силу принципа верховенства права — недопущение использования средств уголовного закона для несоразмерного, избыточного ограничения прав и свобод при применении мер уголовной ответственности.

Любое преступление, а равно и меры уголовной ответственности за его совершение, должны быть четко определены в законе, причем таким образом, чтобы, исходя из текста соответствующей нормы — в случае необходимости с помощью толкования, данного ей судами, — каждый мог предвидеть уголовно-правовые последствия своих действий (без-

действия). Неточность, неясность и неопределенность закона порождают возможность неоднозначного истолкования и, следовательно, произвольного применения его норм — в противоречие названным конституционным принципам, из которых, как отмечал Конституционный Суд РФ, вытекает обращенное к законодателю требование определенности, ясности, недвусмысленности правовых норм и их согласованности в системе действующего правового регулирования; в противном случае может иметь место противоречивая правоприменительная практика, что ослабляет гарантии государственной защиты прав, свобод и законных интересов граждан (постановления от 15 июля 1999 г. № 11-П и от 27 мая 2003 г. № 9-П).

Необходимость соблюдения принципа правовой определенности подчеркивает и Европейский Суд по правам человека при применении содержащихся или вытекающих из Конвенции о защите прав человека и основных свобод общих принципов, лежащих в том числе в основе оценки соответствия ее положениям внутригосударственного права. Согласно позициям Европейского Суда по правам человека закон во всяком случае должен отвечать установленному Конвенцией стандарту, требующему, чтобы законодательные нормы были сформулированы с достаточной четкостью и позволяли лицу предвидеть, прибегая в случае необходимости к юридической помощи, с какими последствиями могут быть связаны те или иные его действия (постановления от 26 апреля 1979 г. по делу «Санди Таймс» (Sunday Times) против Соединенного Королевства (№ 1)» (п. 49); от 31 июля 2000 г. по делу «Йечиус (Jecius) против Литвы» (п. 56); от 28 марта 2000 г. по делу «Барановский (Baranowski) против Польши» (п. 50—52); от 28 октября 2003 г. по делу «Ракевич против Российской Федерации» (п. 31); от 24 мая 2007 г. по делу «Игнатов против Российской Федерации» (п. 74); от 24 мая 2007 г. по делу «Владимир Соловьев против Российской Федерации» (п. 86)).

Конституционный Суд РФ подчеркивал, что особую значимость требования определенности, ясности, недвусмысленности правовых норм и их согласованности в системе общего правового регулирования приобретают применительно к уголовному законодательству, являющемуся по своей правовой природе крайним (исключительным) средством, с помощью которого государство реагирует на фак-

ты противоправного поведения в целях охраны общественных отношений, если она не может быть обеспечена должным образом только с помощью правовых норм иной отраслевой принадлежности (определение Конституционного Суда РФ от 10 июля 2003 г. № 270-О).

Принцип формальной определенности закона, предполагающий точность и ясность законодательных предписаний, будучи неотъемлемым элементом верховенства права, выступает как в законотворческой, так и в правоприменительной деятельности в качестве необходимой гарантии обеспечения эффективной защиты от произвольных преследования, осуждения и наказания. Уголовная ответственность может считаться законно установленной и отвечающей требованиям ст. 55 (ч. 3) Конституции РФ лишь при условии, что она адекватна общественной опасности преступления, уголовный закон ясно и четко определяет признаки этого преступления, отграничивая его от иных противоправных и тем более от законных деяний (постановление Конституционного Суда РФ от 27 мая 2008 г. № 8-П «По делу о проверке конституционности положения части первой статьи 188 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки М. А. Асламазян»).

При указанных обстоятельствах с целью разрешения сложившейся правовой неопределенности Конституционный Суд РФ имеет возможность выявить конституционно-правовой смысл примечания 2 к ст. 264 УК РФ.

В определении от 11 ноября 2008 г. № 556-О-Р Конституционным Судом РФ была выражена позиция относительно того, что же считать выявлением конституционно-правового смысла нормы. В нем сказано, что согласно ст. 74 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» с целью выявления конституционно-правового смысла нормы Конституционный Суд РФ оценивает буквальный смысл нормы; смысл нормы, придаваемый ей официальным и иным толкованием; место нормы в системе норм.

Применение примечания 2 к ст. 264 УК РФ в той части, в которой оно позволяет фактически признавать состояние опьянения лица, совершившего названное преступление, но отказавшегося от прохождения медицинского освидетельствования в порядке, предусмотренном приказом Минздрава России от 18 декабря 2015 г. № 933н «О порядке проведения

медицинского освидетельствования на состояние опьянения (алкогольного, наркотического или иного токсического)», противоречит как конституционно-правовому принципу презумпции невиновности, так и принципу определенности, установленному Конституцией РФ.

Законодатель, приравнивая правовое положение лиц, отказавшихся выполнять законное требование уполномоченного должностного лица о прохождении медицинского освидетельствования на состояние опьянения в порядке и на основаниях, предусмотренных законодательством РФ, к правовому положению лиц, состояние опьянения которых было установлено в соответствии с предусмотренным порядком, преследует конкретную цель — не дать уклониться от уголовной ответственности по ст. 264 УК РФ лицам, которые совершили названное преступление в состоянии опьянения, но отказались пройти освидетельствование на наличие состояния опьянения.

В этом смысле ограничительное толкование названного примечания, содержащееся в п. 10.2 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 9 декабря 2008 г. № 25 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с нарушением правил дорожного движения и эксплуатации транспортных средств, а также с их неправомерным завладением без цели хищения» (в соответствии с которым водитель, скрывшийся с места происшествия, может быть признан совершившим преступление, предусмотренное ст. 264 или 264.1 УК РФ, в состоянии опьянения, если после его задержания к моменту проведения медицинского освидетельствования на состояние опьянения или судебной экспертизы не утрачена возможность установить факт нахождения лица в состоянии опьянения на момент управления транспортным средством), направлено на реализацию названных выше конституционных принципов, прежде всего презумпции невиновности.

При этом у законодателя сохраняется возможность введения самостоятельной нормы, предусматривающей уголовную ответственность для лиц, не выполнивших законного требования уполномоченного должностного лица о прохождении медицинского освидетельствования на состояние опьянения в порядке и на основаниях, предусмотренных законодательством РФ, не используя конструкцию, позволяющую формально приравнивать правовое положение таких лиц к лицам, состояние опья-

нения у которых было установлено в предусмотренном законом порядке.

Таким образом, примечание 2 к ст. 264 УК РФ не соответствует Конституции РФ в той мере, в какой допускает возможность приравнять правовое положение лица, отказавшегося проходить медицинское освидетельствование на состояние опьянения, к правовому положению лиц, состояние опьянения которых было установлено в соответствии с предусмотренным законом порядком.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ О КОНСТИТУЦИОННОСТИ ПРИМЕЧАНИЯ 2 К СТ. 264 УГОЛОВНОГО КОДЕКСА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ²

В примечании 2 к ст. 264 УК РФ для целей данной статьи и ст. 264.1 УК РФ закреплено понятие лица, находящегося в состоянии опьянения. Таковым признается:

- 1) лицо, находящееся в состоянии опьянения, управляющее транспортным средством, в случае:
 - установления факта употребления им вызывающих алкогольное опьянение веществ, который определяется наличием абсолютного этилового спирта в концентрации, превышающей возможную суммарную погрешность измерений, установленную законодательством РФ об административных правонарушениях;
 - наличия в его организме наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов либо новых потенциально опасных психоактивных веществ;
- 2) лицо, управляющее транспортным средством, не выполнившее законное требование уполномоченного должностного лица о прохождении медицинского освидетельствования на состояние опьянения в порядке и на основаниях, предусмотренных законодательством РФ.

Данное примечание не может быть признано соответствующим Конституции РФ и ряду международных актов.

Во-первых, в тексте примечания два разных по своей природе явления — определенное психическое состояние (опьянение)

и поведение (отказ от освидетельствования) — признаются однопорядковыми, фактически приравнены друг другу. Между тем несложно представить, что отказ может быть обусловлен и рядом других причин, не связанных с опьянением. В этом случае последнее, по сути, презюмируется, однако подобная презумпция недопустима, влечет нарушение конституционных прав человека и гражданина (в частности, предусмотренные ст. 49 Конституции РФ). Если законодатель считал необходимым признать в качестве квалифицирующего признака в ст. 264 УК РФ не только состояние опьянения, но и отказ от освидетельствования (либо уклонение от его прохождения), то в уголовно-правовой норме для придания ей необходимой определенности так и следовало указать (как, в частности, сделано в ст. 264.1 УК РФ, в которой подобный отказ назван в качестве криминообразующего признака).

Уголовно-процессуальное право не допускает признания доказательством подобного рода предположения.

Во-вторых, данная в примечании формулировка состояния опьянения в связи с употреблением алкоголя (веществ, содержащих этиловый спирт), наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов либо новых потенциально опасных психоактивных веществ не в полной мере согласуется с задачами, стоящими перед Уголовным кодексом РФ, не отвечает принципам законности, равенства граждан перед законом, справедливости (ст. 2, 3, 4 и 6 УК РФ). Более того, она стимулирует лицо, допустившее нарушение правил безопасности движения или эксплуатации транспортного средства в указанном состоянии, в результате которого погибли или были ранены люди, скрыться с места происшествия до прибытия уполномоченного должностного лица и таким образом избежать направления на медицинское освидетельствование. В связи с этим утрачивается возможность установления состояния опьянения на момент управления транспортным средством путем проведения медицинского освидетельствования или судебной экспертизы (в остальных случаях состояние лица может устанавливаться рядом других обстоя-

² Заключение подготовлено доктором юридических наук, профессором кафедры уголовного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) А. И. Чучаевым по запросу Полномочного представителя Государственной Думы ФС РФ в Конституционном Суде РФ Т. В. Касаевой.

тельств — показаниями свидетелей, потерпевших, медицинскими документами, другими доказательствами).

Данное обстоятельство исключает возможность вменения в вину состояния опьянения как квалифицирующего признака, предусмотренного ч. 2, 4 и 6 ст. 264 УК РФ. Следовательно, действия виновного не получают объективной юридической оценки исходя из фактических обстоятельств совершения преступления.

В силу прямой оговорки, содержащейся в ч. 2 ст. 63 УК РФ, в указанной ситуации состояние опьянения нельзя признать и отягчающим наказанием обстоятельством.

Более того, перед судом может встать вопрос о назначении наказания в соответствии с п. «и» или «к» ст. 61 УК РФ в связи с отсутствием отягчающих наказание обстоятельств, что повлечет ограничение максимального размера наказания до 2/3 максимального срока или размера наиболее строгого вида наказания, предусмотренного соответствующей частью ст. 264 УК РФ (ст. 62 УК РФ).

Согласно Резолюции № (73) 7 Комитета министров Совета Европы от 22 марта 1973 г. «О наказании за дорожные правонарушения при управлении транспортным средством под влиянием алкоголя» (п. II.I) «эффективность мер против вождения под влиянием алкоголя зависит от уверенности в скорой реализации преследования за это. Следовательно... уголовное разбирательство должно быть настолько простым и функциональным, насколько это совместимо с юридическими гарантиями». Таких гарантий примечание 2 к ст. 264 УК РФ, к сожалению, не содержит.

ПРАВОВАЯ ПОЗИЦИЯ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РФ³

1. <...> Учитывая требования статей 74, 101 и 102 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации», пункт 2 примечаний к статье 264 УК Российской Федерации является предметом рассмотрения Конституционного Суда Российской Федерации по настоящему делу постольку, поскольку на его основании решается вопрос о возможности признания скрывшегося с места дорожно-транс-

портного происшествия лица, находившимся в состоянии опьянения при управлении транспортным средством, для применения в его отношении предусмотренных статьей 264 УК Российской Федерации мер уголовной ответственности.

2. Конституция Российской Федерации, провозглашая Россию демократическим правовым государством, в котором высшей ценностью являются человек, его права и свободы и обязанность которого составляют признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина, гарантирует каждому судебную защиту его прав и свобод, обеспечение их правосудием на основе равенства перед законом и судом (статья 1, часть 1; статьи 2 и 18; статья 19, часть 1; статья 46, часть 1), а потому к качеству законов, опосредующих взаимоотношения граждан с публичной властью, в частности устанавливающих меры юридической ответственности за правонарушения, предъявляются особые требования.

Как неоднократно указывал Конституционный Суд Российской Федерации, из принципов правового государства и справедливости вытекает обращенное к законодателю требование формальной определенности, ясности и непротиворечивости правового регулирования, взаимной согласованности предметно связанных между собой норм различной отраслевой принадлежности, поскольку конституционное равноправие может быть обеспечено лишь при условии единообразного понимания и толкования правовой нормы всеми правоприменителями; в противном случае может иметь место противоречивая правоприменительная практика, что противоречит конституционному принципу равенства, предполагающему одинаковый подход к лицам, находящимся в равных или сходных условиях, и ослабляет гарантии государственной защиты прав, свобод и законных интересов граждан (постановления от 15 июля 1999 года № 11-П, от 27 мая 2003 года № 9-П, от 27 мая 2008 года № 8-П, от 27 июня 2013 года № 15-П, от 25 февраля 2014 года № 4-П, от 22 апреля 2014 года № 12-П, от 14 июля 2015 года № 20-П, от 17 января 2018 года № 3-П и др.). Особую значимость требования четкости и недвусмысленности правовых норм, их согласованности в системе правового регулирования

³ Извлечение из постановления Конституционного Суда РФ от 25 апреля 2018 г. № 17-П «По делу о проверке конституционности пункта второго примечаний к статье 264 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с запросом Ивановского областного суда» // СПС «КонсультантПлюс».

имеют для уголовного законодательства, являющегося по своей природе исключительным средством, с помощью которого государство реагирует на факты противоправного поведения в целях охраны общественных отношений, если она не может быть обеспечена должным образом с помощью правовых норм иной отраслевой принадлежности.

Оценивая конституционность нормативного регулирования оснований, условий и пределов юридической ответственности, Конституционный Суд Российской Федерации пришел к следующим выводам (постановления от 15 июля 1999 года № 11-П, от 19 марта 2003 года № 3-П, от 13 июля 2010 года № 15-П, от 17 января 2013 года № 1-П, от 29 ноября 2016 года № 26-П, от 10 февраля 2017 года № 2-П и др.):

- закрепляя и изменяя составы правонарушений и меры ответственности за их совершение, федеральный законодатель связан вытекающим из статьи 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации критерием соразмерности ограничения прав и свобод граждан конституционно значимым целям, а также обязан соблюдать гарантируемое ее статьей 19 (часть 1) равенство всех перед законом и судом, означающее, что любое правонарушение и санкции за его совершение должны быть определены в законе таким образом, чтобы исходя непосредственно из текста нормы — в случае необходимости с помощью толкования, данного ей судами, — каждый мог предвидеть правовые последствия своих действий, бездействия;
- виды юридической ответственности и сопутствующие им наказания должны обладать разумным сдерживающим потенциалом, достаточным для соблюдения соответствующих запретов; в противном случае их применение не будет отвечать предназначению государственного принуждения, которое заключается, главным образом, в превентивном использовании присущих ему юридических средств для защиты прав и свобод человека и гражданина, иных конституционно признаваемых ценностей гражданско-общества и правового государства;
- в случаях, когда предусматриваемые законом меры публично-правовой ответственности перестают отвечать социальным реалиям, приводя к ослаблению защиты конституционно значимых ценностей или, напротив, к избыточному применению государственного принуждения, федераль-

ный законодатель вправе обеспечить их приведение в соответствие с новыми социальными реалиями, соблюдая при этом конституционные принципы равенства, справедливости и гуманизма;

- названные конституционные принципы определяют дифференциацию юридической ответственности в зависимости от существенных обстоятельств, влияющих на выбор той или иной меры государственного принуждения, а потому, предусматривая конкретный вид юридической ответственности, федеральный законодатель обязан соотносить его с характером правонарушения, опасностью для находящихся под охраной закона ценностей, с личностью и степенью вины правонарушителя, гарантируя тем самым адекватность порождаемых последствий тому вреду, который причинен в результате правонарушения, не допуская избыточного государственного принуждения и обеспечивая баланс прав привлекаемого к ответственности гражданина и публично-общественного интереса, состоящего в защите личности, общества и государства от противоправных посягательств.

Вместе с тем криминализация тех или иных правонарушений, неразрывно связанная с конструированием состава преступления, системообразующими элементами которого являются объект, объективная сторона, субъект и субъективная сторона, не предполагает обязательного наличия признаков общественной опасности у каждого из них, — такие признаки могут отражать не все, а лишь отдельные элементы состава преступления. В частности, общественная опасность деяния может быть обусловлена кумулятивным эффектом противоправного посягательства на охраняемые общественные отношения (объект преступления), временем, местом, способом его совершения и наступившими последствиями, в том числе их масштабом (объективная сторона преступления), формой вины, мотивами и целями противоправных действий, бездействия (субъективная сторона преступления). Из приведенной правовой позиции, изложенной в постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 10 февраля 2017 года № 2-П, следует, что федеральный законодатель, принимая решение о криминализации деяния, обязан учитывать типовую оценку его общественной опасности и, если отдельные признаки преступления свидетельствуют о том, что степень его обще-

ственной опасности существенно изменяется по сравнению с типовой оценкой, провести — в силу принципа справедливости — дифференциацию уголовной ответственности, с тем, однако, чтобы при этом не нарушались принципы равенства и правовой определенности.

3. Формулируя общие признаки субъекта преступления, федеральный законодатель предусмотрел в статье 23 УК Российской Федерации, что лицо, совершившее преступление в состоянии опьянения, вызванном употреблением алкоголя, наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов, новых потенциально опасных психоактивных веществ либо других одурманивающих веществ, подлежит уголовной ответственности (тем самым физиологическое алкогольное опьянение не отнесено к состоянию невменяемости). Более того, в силу части первой.1 статьи 63 данного Кодекса в зависимости от характера и степени общественной опасности преступления, обстоятельств его совершения и личности виновного суд, назначающий наказание, может признать отягчающим обстоятельством совершение преступления в состоянии опьянения, вызванном употреблением названных средств и веществ. Следовательно, установление факта совершения преступления в состоянии опьянения не исключает уголовную ответственность, но может учитываться при ее индивидуализации.

С учетом того что само по себе использование транспортных средств создает повышенную опасность для окружающих (пункт 1 статьи 1079 ГК Российской Федерации), а управление ими в состоянии опьянения объективно снижает уровень безопасности дорожного движения, Федеральным законом от 10 декабря 1995 года № 196-ФЗ «О безопасности дорожного движения» запрещена эксплуатация транспортных средств лицами, находящимися в состоянии алкогольного, наркотического или иного токсического опьянения (пункт 2.1 статьи 19). Правила дорожного движения Российской Федерации (утверждены постановлением Совета министров — Правительства Российской Федерации от 23 октября 1993 года № 1090) также запрещают водителю управлять транспортным средством в состоянии опьянения (алкогольного, наркотического или иного), под воздействием лекарственных препаратов, ухудшающих реакцию и внимание, в болезненном или утомленном состоянии, ставящем под угрозу безопасность движения (пункт 2.7).

Обязательность соответствующих запретов обеспечивается, как правило, закреплением санкций за их несоблюдение. Исходя из этого федеральный законодатель был вправе предусмотреть ответственность за несоблюдение запрета на управление транспортными средствами лицами, находящимися в состоянии опьянения, которая в системе действующего правового регулирования имеет преимущественно административно-правовую природу (статья 12.8 КоАП Российской Федерации).

Вместе с тем — в целях усиления ответственности за несоблюдение указанного запрета — Федеральным законом от 13 февраля 2009 года № 20-ФЗ в статью 264 УК Российской Федерации введены новые разновидности состава предусмотренного ею преступления (части вторая, четвертая и шестая), связанные с нарушением правил дорожного движения и эксплуатации транспортных средств, совершенным лицом, находящимся в состоянии опьянения, а Федеральным законом от 31 декабря 2014 года № 528-ФЗ данная статья дополнена примечаниями: согласно их пункту 2 (уточненному Федеральным законом от 3 июля 2016 года № 328-ФЗ) находящимся в состоянии опьянения признается лицо, управляющее транспортным средством, в случае установления факта употребления этим лицом вызывающих алкогольное опьянение веществ, который определяется наличием абсолютного этилового спирта в концентрации, превышающей возможную суммарную погрешность измерений, установленную законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях, или в случае наличия в организме этого лица наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов либо новых потенциально опасных психоактивных веществ, а также лицо, управляющее транспортным средством, не выполнившее законного требования уполномоченного должностного лица о прохождении медицинского освидетельствования на состояние опьянения в порядке и на основаниях, предусмотренных законодательством Российской Федерации.

В то же время Федеральным законом от 31 декабря 2014 года № 528-ФЗ статья 12.8 КоАП Российской Федерации дополнена указанием на наступление административной ответственности за управление транспортным средством водителем, находящимся в состоянии опьянения, если такие действия не содержат уголовно наказуемого деяния, притом что годом ранее, когда федеральный законодатель отказался

от введенного для водителей абсолютного запрета на содержание алкоголя в крови, эта статья была дополнена примечанием, закрепившим, что предусмотренная ею и частью 3 статьи 12.27 данного Кодекса ответственность наступает в случае установленного факта употребления вызывающих алкогольное опьянение веществ, который определяется наличием абсолютного этилового спирта в концентрации, превышающей возможную суммарную погрешность измерений, а именно 0,16 миллиграмма на один литр выдыхаемого воздуха, или в случае наличия наркотических средств или психотропных веществ в организме человека (пункт 20 статьи 1 Федерального закона от 23 июля 2013 года № 196-ФЗ).

Исключение пунктом 2 примечаний к статье 264 УК Российской Федерации возможности подтвердить факт употребления вызывающих алкогольное опьянение веществ лицом, управлявшим транспортным средством, при недостижении минимальной границы, которая определяется наличием абсолютного этилового спирта в концентрации, превышающей возможную суммарную погрешность измерений, установленную законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях, направлено на унификацию уголовного и административно-деликтного законодательства, вследствие чего составообразующим признаком преступления признается лишь такое управление транспортным средством в состоянии опьянения, которое при отсутствии общественно опасных последствий в виде тяжкого вреда здоровью или смерти человека является административным правонарушением (за исключением случаев, предусмотренных статьей 264.1 УК Российской Федерации).

Использование в смежных отраслях права единых признаков специального субъекта ответственности, дающих основание считать его лицом, употреблявшим вызывающие алкогольное опьянение вещества, равно как и одинаковая оценка управления таким лицом транспортным средством как представляющего серьезную опасность для участников дорожного движения согласуются с принципами юридического равенства и справедливости. Конкретизация же признаков наличия в организме водителя минимального уровня этилового спирта, по достижении которого он признается находящимся в состоянии опьянения, призвана исключить его произвольное привлечение к от-

ветственности и сама по себе не противоречит требованиям правовой определенности.

Таким образом, названные положения уголовного и административно-деликтного законодательства системно согласованы и, имея целью обеспечить соблюдение запрета управлять транспортным средством в состоянии опьянения, предусматривают объективно оправданную дифференциацию публично-правовой ответственности водителей в зависимости от наступления или ненаступления в результате их общественно опасного поведения тех или иных последствий.

4. Эффективный контроль за соблюдением запрета на употребление водителями вызывающих опьянение веществ предполагает наличие как механизмов, обеспечивающих выявление фактов их употребления, так и соответствующих обязанностей и ограничений, которые должны налагаться с тем, чтобы воспрепятствовать лицам, находящимся под воздействием алкоголя, управлять транспортными средствами.

В частности, пункт 1 статьи 31 Конвенции о дорожном движении от 8 ноября 1968 года, характеризуя должное поведение водителя в случае дорожно-транспортного происшествия, указывает на его обязанности по возможности быстрее остановиться, не создавая дополнительной опасности для движения (подпункт «а»), а когда в результате дорожно-транспортного происшествия имеются раненые или убитые, сообщить об этом в службу дорожного движения и, если ему не разрешено покинуть место происшествия или если он не должен оказать помощь раненым или получить медицинскую помощь сам, возвратиться к месту происшествия или оставаться на месте до прибытия сотрудников службы дорожного движения (подпункт «d»). Введение обязанности лица, подозреваемого в совершении правонарушения во время управления транспортным средством под влиянием алкоголя, пройти исследование для определения его состояния, когда его поведение свидетельствует об алкогольном опьянении, равно как и установление ответственности за несоблюдение этой обязанности вытекают из Резолюции (73) 7 Комитета Министров Совета Европы от 22 марта 1973 года «О наказании за нарушения правил дорожного движения, совершенные при управлении транспортным средством под воздействием алкоголя», требующей обеспечения в национальном законодательстве

принципа, в силу которого никто не может отказать или уклониться в указанном случае от проведения теста дыхания, анализа крови или медицинского освидетельствования.

Приведенным положениям корреспондируют предписания Правил дорожного движения Российской Федерации, обязывающие водителя не покидать место дорожно-транспортного происшествия и ожидать прибытия сотрудников полиции (пункты 2.5 и 2.6), а также проходить по требованию должностных лиц, уполномоченных на осуществление федерального государственного надзора в области безопасности дорожного движения, освидетельствование на состояние алкогольного опьянения и медицинское освидетельствование на состояние опьянения (пункт 2.3.2). При наступлении же тяжких последствий в результате нарушения лицом, управляющим транспортным средством, правил дорожного движения (тяжкий вред здоровью, смерть) признаки опьянения устанавливаются и оцениваются с учетом законодательно определенных правил уголовного судопроизводства, для которого нормы уголовного закона, как отметил Конституционный Суд Российской Федерации, служат материально-правовой предпосылкой (постановление от 19 ноября 2013 года № 24-П).

В пункте 2 примечаний к статье 264 УК Российской Федерации используются два критерия признания лица, управляющего транспортным средством, специальным субъектом, указанным в ее частях второй, четвертой и шестой: установление факта употребления этим лицом вызывающих алкогольное опьянение веществ, который определяется наличием абсолютного этилового спирта в концентрации, превышающей возможную суммарную погрешность измерений, установленную законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях; невыполнение им законного требования о прохождении медицинского освидетельствования на состояние опьянения.

Согласно разъяснениям, содержащимся в постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 9 декабря 2008 года № 25 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с нарушением правил дорожного движения и эксплуатации транспортных средств, а также с их неправомерным завладением без цели хищения», по уголовным делам о преступлениях, предусмотренных частями второй, четвертой и шестой статьи 264 УК Российской Федерации, факт употре-

бления лицом, управляющим транспортным средством, веществ, вызывающих алкогольное опьянение, должен быть установлен по результатам освидетельствования на состояние алкогольного опьянения и (или) медицинского освидетельствования на состояние опьянения, а наличие в организме такого лица наркотических средств или психотропных веществ — по результатам химико-токсикологических исследований при медицинском освидетельствовании на состояние опьянения, проведенных в соответствии с правилами, утвержденными Правительством Российской Федерации, и в порядке, установленном Министерством здравоохранения Российской Федерации, либо по результатам судебной экспертизы, проведенной в порядке, предусмотренном Уголовно-процессуальным кодексом Российской Федерации (пункт 10.1, введенный постановлением Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24 мая 2016 года № 22).

Соответственно, невозможность установить факт употребления лицом, управлявшим транспортным средством, вызывающих алкогольное опьянение веществ (по причине удаленности медицинского учреждения, отсутствия специалистов для проведения освидетельствования или экспертизы и др.) не должна — исходя из принципа презумпции невиновности — расцениваться как допускающая выявление признака специального субъекта преступлений, предусмотренных частями второй, четвертой и шестой статьи 264 УК Российской Федерации, иными способами.

Таким образом, пункт 2 примечаний к статье 264 УК Российской Федерации в части закрепления первого из указанных в нем критериев направлен на создание — в пределах законодательной дискреции — правовой гарантии от необоснованного привлечения к уголовной ответственности в соответствии с частями второй, четвертой и шестой данной статьи, исключая отнесение вопреки требованиям уголовного закона к числу специальных субъектов предусмотренных ими преступлений управлявших транспортными средствами лиц, в состоянии опьянения не находившихся, а потому ни сам по себе, ни по смыслу, придаваемому ему правоприменительной практикой, не может расцениваться как противоречащий требованиям Конституции Российской Федерации, ее статей 19 (часть 1), 49 и 55 (часть 3).

Что касается второго критерия, позволяющего признавать специальным субъектом

соответствующих преступлений лицо, оставшееся на месте дорожно-транспортного происшествия, но не выполнившее законное требование о прохождении освидетельствования на состояние опьянения, то конституционность данного законоположения в таком аспекте в запросе Ивановского областного суда не подвергается сомнению и тем самым не является предметом рассмотрения Конституционного Суда Российской Федерации в рамках настоящего дела.

5. В отличие от признаков, характеризующих общественную опасность нарушения лицом, управляющим транспортным средством, правил дорожного движения или эксплуатации транспортных средств, последующее поведение такого лица принципиально не меняет юридическую оценку этой опасности, но может быть принято во внимание при уголовно-правовой дифференциации и индивидуализации содеянного.

Уголовный кодекс Российской Федерации предписывает, в частности, признавать смягчающим обстоятельством оказание медицинской и иной помощи потерпевшему непосредственно после совершения преступления, добровольное возмещение имущественного ущерба и морального вреда, причиненных в результате преступления, другие действия, направленные на заглаживание вреда, причиненного потерпевшему (пункт «к» части первой статьи 61), а также учитывать последующее позитивное поведение совершившего преступное деяние лица при решении вопроса о возможности его освобождения от уголовной ответственности (статьи 75—76.2); напротив, течение сроков давности привлечения к уголовной ответственности приостанавливается, если лицо, совершившее преступление, уклоняется от следствия или суда либо от уплаты судебного штрафа, назначенного в соответствии со статьей 76.2 данного Кодекса (часть третья статьи 78).

5.1. Касаясь вопроса о конституционности введения самостоятельной публично-правовой ответственности за оставление места дорожно-транспортного происшествия, Конституционный Суд Российской Федерации сформулировал следующую правовую позицию: закон, закрепляя обязанность лица, управляющего транспортным средством, под угрозой наказания оставаться на месте дорожно-транспортного происшествия, связывает данную обязанность с интересами всех участ-

ников дорожного движения и необходимостью обеспечения выполнения ими взаимных обязательств, порождаемых фактом дорожно-транспортного происшествия; это обусловлено в том числе характером отношений, складывающихся между водителем, управляющим транспортным средством как источником повышенной опасности, и другими участниками дорожного движения, и не противоречит требованию статьи 17 (часть 3) Конституции Российской Федерации, согласно которому осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц; вводя ответственность за оставление водителем места дорожно-транспортного происшествия, государство реализует свою конституционную обязанность защищать достоинство человека, его права и свободы, включая право на жизнь и здоровье, обеспечивать права потерпевших от преступлений (статья 2; статья 20, часть 1; статья 21; статья 41, часть 1; статья 45, часть 1; статья 52 Конституции Российской Федерации) (постановление от 25 апреля 2001 года № 6-П, Определение от 7 декабря 2010 года № 1702-О-О).

В силу приведенной правовой позиции само по себе закрепление обязанности водителя не покидать место дорожно-транспортного происшествия, участником которого он стал, и ожидать прибытия сотрудников полиции, равно как и установление, исходя из определяемых Конституцией Российской Федерации основ публично-правовой ответственности, неблагоприятных последствий невыполнения этой обязанности, обусловленных собственным противоправным поведением водителя, направлены на защиту прав и свобод других участников дорожного движения, предупреждение правонарушений в данной области, в том числе совершаемых под воздействием вызывающих алкогольное опьянение веществ, и как таковые согласуются с требованиями статьи 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации.

В настоящее время невыполнение обязанностей в связи с дорожно-транспортным происшествием, включая оставление водителем в нарушение правил дорожного движения места дорожно-транспортного происшествия, участником которого он являлся, влечет административную ответственность по статье 12.27 КоАП Российской Федерации. Статья же 264 УК Российской Федерации не предполагает отнесение к специальным субъектам, предусмотренным

ее частями второй, четвертой и шестой, лиц, покинувших место дорожно-транспортного происшествия, независимо от причин и мотивов, обусловивших такое поведение. Хотя оставление места дорожно-транспортного происшествия может быть продиктовано, в частности, стремлением водителя скрыть факт опьянения, чтобы избежать таким образом привлечения к более строгой уголовной ответственности, оно не равнозначно ни установлению факта опьянения, ни отказу от прохождения освидетельствования, предусмотренным пунктом 2 примечаний к данной статье.

5.2. Пункт 2 примечаний к статье 264 УК Российской Федерации не содержит прямого указания на то, какие правила признания водителя находящимся в состоянии опьянения должны применяться в случае, если он скрылся с места дорожно-транспортного происшествия, имеющего признаки преступления, предусмотренного данной статьей. В связи с этим в постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 9 декабря 2008 года № 25 разъясняется, что водитель, скрывшийся с места происшествия, может быть признан совершившим преступление, предусмотренное статьей 264 УК Российской Федерации, в состоянии опьянения, если после его задержания к моменту проведения медицинского освидетельствования на состояние опьянения или судебной экспертизы не утрачена возможность установить факт нахождения лица в состоянии опьянения на момент управления транспортным средством; в случае отказа от прохождения медицинского освидетельствования данное лицо признается управлявшим транспортным средством в состоянии опьянения (пункт 10.2).

Из этого следует, что установление состояния опьянения на момент управления транспортным средством исключительно по результатам освидетельствования или судебной экспертизы интерпретируется в правоприменительной практике как относящееся ко всем специальным субъектам преступлений, предусмотренных частями второй, четвертой и шестой статьи 264 УК Российской Федерации, включая тех, кто покинул место дорожно-транспортного происшествия до прибытия уполномоченного должностного лица. В результате управлявшие транспортными средствами лица, оставшиеся на месте дорожно-транспортного происшествия в соответствии с правилами дорожного движения (в отноше-

нии которых факт употребления вызывающих алкогольное опьянение веществ надлежащим образом установлен либо которые не выполнили законного требования о прохождении медицинского освидетельствования на состояние опьянения), оказываются в неравном (худшем) положении по сравнению с лицами, скрывшимися с места дорожно-транспортного происшествия, в отношении которых возможность подтвердить состояние опьянения на момент совершения преступления в соответствии с пунктом 2 примечаний к данной статье, по сути, утрачивается. Такое законодательное регулирование не отвечает цели эффективного уголовно-правового противодействия преступлениям, предусмотренным частями второй, четвертой и шестой статьи 264 УК Российской Федерации, совершенным лицами, управлявшими транспортными средствами, в том числе в состоянии опьянения, и скрывшимися с места дорожно-транспортного происшествия.

Расширительное же толкование пункта 2 примечаний к статье 264 УК Российской Федерации, как приравнивающего само по себе оставление лицом, управлявшим транспортным средством, в том числе в состоянии опьянения, места дорожно-транспортного происшествия к отказу от прохождения освидетельствования на состояние опьянения, недопустимо в силу требований принципа *nullum crimen, nulla poena sine lege* (нет преступления, нет наказания без указания на то в законе), а также принципа презумпции невиновности (статья 49 Конституции Российской Федерации).

Не конкретизировав уголовно-правовое значение такого противоправного поведения, а также исключив возможность установить факт употребления вызывающих алкогольное опьянение веществ лицом, управлявшим транспортным средством, в целях применения частей второй, четвертой и шестой статьи 264 УК Российской Федерации иными способами, федеральный законодатель тем самым ввел в правовое регулирование норму, направленную на усиление ответственности за соответствующие преступления, но при этом не учитывающую нормативные условия (пределы) ее применения к лицам, управлявшим транспортными средствами, в том числе в состоянии опьянения, и скрывшимся с места дорожно-транспортного происшествия.

5.3. Оставление водителем места дорожно-транспортного происшествия, участником которого он стал, означает неисполнение им

обязанностей, установленных для случаев нарушения правил дорожного движения, и влечет ответственность по статье 12.27 КоАП Российской Федерации. В то же время в случае совершения преступлений, предусмотренных статьей 264 УК Российской Федерации, в том числе ее частями второй, четвертой и шестой, оставление места дорожно-транспортного происшествия лицом, управлявшим транспортным средством, не влияет на квалификацию его противоправных действий.

При таких обстоятельствах лицо, управлявшее транспортным средством и оставшееся на месте дорожно-транспортного происшествия, но отказавшееся от прохождения освидетельствования на состояние опьянения, оказывается применительно к уголовной ответственности в худшем положении, нежели лицо, управлявшее транспортным средством, в том числе в состоянии опьянения, и скрывшееся с места дорожно-транспортного происшествия, что свидетельствует о наличии имеющего конституционную значимость пробела в законодательной дифференциации ответственности, предусмотренной статьей 264 УК Российской Федерации, и входит в противоречие с конституционными принципами равенства и справедливости, а также с требованием соразмерности уголовно-правовой репрессии совершенному преступному деянию.

Вопросы криминализации и пенализации общественно опасных деяний, нормативной дифференциации уголовной ответственности за их совершение относятся к дискреционным полномочиям федерального законодателя. Устраняя выявленный пробел в уголовно-правовом регулировании, он может, во-первых, исключить двойную — по последствиям и по признакам субъекта — дифференциацию уголовной ответственности за нарушение правил дорожного движения и эксплуатации транспортных средств путем возвращения к выделению в статье 264 УК Российской Федерации трех частей (как это было до принятия Федерального закона от 13 февраля 2009 года № 20-ФЗ), в рамках которых дальнейшее определение объема уголовно-правовых последствий осуществляется на стадии индивидуализации ответственности судом, а во-вторых, изменить вид ответственности за оставление места дорожно-транспортного происшествия посредством его криминализации в форме самостоятельного состава преступления.

Кроме того, хотя в настоящее время в уголовном законе квалифицирующими и особо квалифицирующими признаками, как правило, являются те обстоятельства, которые характеризуют общественную опасность деяния в момент его совершения, конституционные принципы публично-правовой ответственности не препятствуют и дифференциации ответственности в рамках одной статьи Уголовного кодекса Российской Федерации исходя из поведения водителя после дорожно-транспортного происшествия, участником которого он стал. Не исключены и иные варианты законодательных решений, призванные нейтрализовать то преимущественное положение, которое создает пункт 2 примечаний к статье 264 данного Кодекса для лиц, управлявших транспортными средствами в состоянии опьянения, нарушивших правила дорожного движения и скрывшихся с места дорожно-транспортного происшествия.

5.4. Таким образом, пункт 2 примечаний к статье 264 УК Российской Федерации не соответствует Конституции Российской Федерации, ее статьям 15 (часть 2), 19 (части 1 и 2) и 55 (часть 3), в той мере, в какой в системе действующего правового регулирования он ставит лицо, управлявшее транспортным средством, в том числе в состоянии опьянения, если оно совершило нарушение правил дорожного движения или эксплуатации транспортных средств, повлекшее по неосторожности предусмотренные статьей 264 УК Российской Федерации тяжкие последствия, и скрылось с места дорожно-транспортного происшествия, в преимущественное положение — с точки зрения последствий своего поведения — по сравнению с лицами, управлявшими транспортными средствами и оставшимися на месте дорожно-транспортного происшествия, в отношении которых факт употребления вызывающих алкогольное опьянение веществ надлежащим образом установлен либо которые не выполнили законного требования о прохождении медицинского освидетельствования на состояние опьянения.

Вместе с тем утрата пунктом 2 примечаний к статье 264 УК Российской Федерации юридической силы в части, препятствующей привлечению к уголовной ответственности в соответствии с ее частями второй, четвертой и шестой лиц, скрывшихся с места дорожно-транспортного происшествия, непосредственно с момента провозглашения настоящего Постановления противоречила бы природе Конституционного Суда Российской Федерации как органа, ре-

шения которого не должны приводить к ухудшению правового положения граждан в отношениях с государством (постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 11 декабря 2014 года № 32-П). Однако и невозможность привлечения к уголовной ответственности за совершение указанных преступлений лиц, оставшихся на месте дорожно-транспортного происшествия, как следствие принятия настоящего Постановления, если и способствовала бы реализации принципов справедливости и равенства в соответствующих правоотношениях, в то же время снизила бы достигнутый уровень уголовно-правовой превенции посягательств на жизнь и здоровье в результате управления транспортным средством в состоянии опьянения.

Поэтому Конституционный Суд Российской Федерации, имея в виду принцип конституционной сдержанности, который лежит в основе его деятельности, и требование обеспечения баланса конституционно защищаемых ценностей, руководствуясь пунктом 12 части первой статьи 75, статьями 79 и 80 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации», считает необходимым установить следующий порядок исполнения настоящего Постановления:

— федеральному законодателю надлежит — исходя из требований Конституции Российской Федерации и с учетом правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации, выраженных в настоящем Постановлении, — не позднее чем через год после вступления настоящего Постановления в силу устранить выявленные Конституционным Судом Российской Федерации неконституционные аспекты правового регулирования ответственности за нарушение правил дорожного движения, совершенное лицом, управлявшим транспортным средством и скрывшимся с места дорожно-транспортного происшествия. Этим не ставится под сомнение правомочие федерального законодателя — в пределах его конституционной дискреции и с соблюдением вытекающих из принципов равенства и справедливости требований соразмерности уголовно-правовых и иных последствий совершенного деяния тяжести содеянного — по выбору правовых моделей, которые могут быть использованы в данной сфере правового регулирования;

— впредь до внесения федеральным законодателем в правовое регулирование изменений, вытекающих из настоящего Постановления, сохраняет силу действующий порядок применения пункта 2 примечаний к статье 264 УК Российской Федерации;

— если до установленного настоящим Постановлением срока федеральный законодатель не внесет в правовое регулирование необходимых изменений, вытекающих из настоящего Постановления, пункт 2 примечаний к статье 264 УК Российской Федерации утрачивает силу, что в контексте правовой позиции о недопустимости ухудшения правового положения граждан в отношениях с государством на основе постановлений Конституционного Суда Российской Федерации будет означать также и невозможность применения частей второй, четвертой и шестой статьи 264 УК Российской Федерации.

Исходя из изложенного и руководствуясь статьями 6, 71, 72, 74, 75, 78, 79, 80, 87 и 104 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации», Конституционный Суд Российской Федерации постановил:

1. Признать пункт 2 примечаний к статье 264 УК Российской Федерации не соответствующим Конституции Российской Федерации, ее статьям 15 (часть 2), 19 (части 1 и 2) и 55 (часть 3), в той мере, в какой в системе действующего правового регулирования он ставит лицо, управлявшее транспортным средством, в том числе в состоянии опьянения, если оно совершило нарушение правил дорожного движения или эксплуатации транспортных средств, повлекшее по неосторожности предусмотренные статьей 264 УК Российской Федерации тяжкие последствия, и скрылось с места дорожно-транспортного происшествия, в преимущественное положение — с точки зрения последствий своего поведения — по сравнению с лицами, указанными в пункте 2 примечаний к данной статье, т.е. управлявшими транспортными средствами и оставшимися на месте дорожно-транспортного происшествия, в отношении которых факт употребления вызывающих алкогольное опьянение веществ надлежащим образом установлен либо которые не выполнили законного требования о прохождении медицинского освидетельствования на состояние опьянения.

POST SCRIPTUM

Начать уголовно-правовой анализ ситуации с так называемым «пьяным водителем», ставшей предметом рассмотрения Конституционным Судом РФ, пожалуй, сто́ит с констатации того, что правовое регулирование сложившейся ситуации не подлежит однозначной оценке, так как примечание 2 к ст. 264 УК РФ породило правовые проблемы, которые выходят далеко за рамки запроса президиума Ивановского областного суда.

Заметим прежде всего, что диспозиция ст. 264 УК РФ, равно как и примечания к ней, носит бланкетный характер.

Бланкетность примечания — нисходящая, она отсылает к постановлению Правительства РФ от 23 октября 1993 г. № 1090 «О Правилах дорожного движения» (вместе с «Основными положениями по допуску транспортных средств к эксплуатации и обязанности должностных лиц по обеспечению безопасности дорожного движения») и приказу Минздрава России от 18 декабря 2015 г. № 933н «О порядке проведения медицинского освидетельствования на состояние опьянения (алкогольного, наркотического или иного токсического)».

Согласно п. 2.3.2 ПДД РФ водитель механического транспортного средства обязан по требованию должностных лиц, уполномоченных на осуществление федерального государственного надзора в области безопасности дорожного движения, проходить освидетельствование на состояние алкогольного опьянения и медицинское освидетельствование на состояние опьянения. В соответствии с п. 2.6 ПДД РФ, если в дорожно-транспортном происшествии погибли или ранены люди, водитель, причастный к нему, обязан ожидать сотрудников полиции.

Приказ Минздрава России от 18 декабря 2015 г. № 933н «О порядке проведения медицинского освидетельствования на состояние опьянения (алкогольного, наркотического или иного токсического)» устанавливает процедуру

прохождения медицинского освидетельствования на состояние опьянения, результаты которого позволяют сделать однозначный вывод о наличии или об отсутствии состояния опьянения у водителя, участвовавшего в дорожно-транспортном происшествии.

В течение длительного времени после принятия Уголовного кодекса РФ 1996 г. совершение транспортного преступления в состоянии опьянения не имело особого уголовно-правового значения, и только в 2009 г. ст. 264 УК РФ была дополнена тремя новыми частями. В них был предусмотрен один и тот же квалифицирующий признак — управление транспортным средством лицом, находящимся в состоянии опьянения, который стал, по сути, субсидиарным (дополнительным) по отношению к общественно опасным последствиям средством дифференциации ответственности. Заметим в скобках, что еще в 1989 г. один из авторов предлагал именно таким способом отразить в уголовном законе повышенную общественную опасность транспортных преступлений, совершаемых нетрезвыми водителями⁴.

В пояснительной записке к проекту закона его разработчики указали, что использование признака «состояние опьянения» в качестве квалифицирующего позволит дифференцировать уголовную ответственность, поскольку санкции в предыдущей редакции данной статьи «одинаковы как для водителей, находившихся в состоянии опьянения, так и для трезвых водителей», а сам закон сможет способствовать предупреждению таких преступлений, поскольку «предлагаемые изменения законодательства Российской Федерации позволят значительно снизить количество ДТП и тяжесть их последствий»⁵.

Внесенные в ст. 264 УК РФ изменения вызвали противоречивую реакцию представителей научной общественности. Большая часть исследователей безоговорочно поддержала идею законодателя⁶. По мнению же скептиков, появление рассматриваемого квалифицирующего признака в ст. 264 УК РФ было сомнитель-

⁴ См.: Коробеев А. И. Транспортные преступления: пути и способы совершенствования законодательной конструкции // Правоведение. 1989. № 2. С. 97.

⁵ См.: пояснительная записка к проекту Федерального закона № 93181-5 // СПС «КонсультантПлюс».

⁶ См.: Иванцова Н., Сосновский А. Безопасность движения: уголовно-правовой аспект // Законность. 2009. № 9. С. 46—47; Арзамасцев М. Состояние опьянения как квалифицирующий признак дорожно-транспортного преступления // Уголовное право. 2010. № 1. С. 4—8; Ханахок С. М. Институт уголовной ответственности за причинение смерти по неосторожности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2011. С. 22.

но по многим основаниям. Во-первых, странно, что он введен лишь в одну статью Особенной части УК РФ (и отсутствует в других схожих нормах — ст. 263 и 268). Во-вторых, подобного признака не было долгое время даже в перечне отягчающих обстоятельств (в ст. 63 УК РФ он включен лишь в 2013 г.), чем нарушался принцип системности уголовного законодательства⁷. В-третьих, при таком законодательном подходе акцент в установлении уголовной ответственности необоснованно перемещается с деяния на «опасное состояние личности»⁸.

Состояние опьянения в ст. 63 УК РФ в самом общем виде определяется как такое состояние, которое вызывается «употреблением алкоголя, наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов, новых потенциально опасных психоактивных веществ либо других одурманивающих веществ».

В соответствии с п. 2.7 ПДД РФ водителю запрещается управлять транспортным средством в состоянии опьянения (алкогольного, наркотического или иного), а также употреблять алкогольные напитки, наркотические, психотропные или иные одурманивающие вещества после дорожно-транспортного происшествия, к которому он причастен, либо после того, как транспортное средство было остановлено по требованию сотрудника полиции, до проведения освидетельствования с целью установления состояния опьянения или до принятия решения об освобождении от проведения такого освидетельствования.

Особо подчеркнем, что *вид* опьянения на квалификацию не влияет: достаточно установить, что оно было физиологическим и возникло вследствие употребления алкоголя, наркотических средств, психотропных веществ или иных одурманивающих веществ. Сложнее решается вопрос со *степенью* такого опьянения.

В настоящий момент наличие состояния опьянения у водителей фиксируется лишь при превышении концентрации абсолютного этилового спирта в 0,16 мг на один литр выдыхаемого воздуха либо или в случае наличия наркотических средств или психотропных веществ в организме человека. Следовательно, содержание спирта в организме водителя, не пре-

вышающее указанного порогового ограничения, состоянием опьянения не признается, как не является состоянием опьянения отсутствие в организме человека наркотических средств, психотропных или одурманивающих веществ. Отсюда можно сделать вывод, что оценку состояния опьянения при решении вопроса о квалификации преступления, предусмотренного ст. 264 УК РФ, надо осуществлять по принципу дихотомии: или это состояние есть (пусть даже оно выражено в самой легкой степени) и тогда наступает уголовная ответственность по ч. 2, 4 или 6 ст. 264 УК РФ, или его нет и ответственность по указанным частям ст. 264 УК РФ исключается. Только так можно избежать субъективизма в учете состояния опьянения лиц, управляющих транспортными средствами и совершающих при этом транспортные преступления, и, как результат, ошибок в квалификации ими содеянного.

Очевидно, что именно желание избежать субъективизма при определении наличия состояния опьянения послужило предпосылкой того, что в п. 10.2 постановления Пленума Верховного Суда РФ «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с нарушением правил дорожного движения и эксплуатации транспортных средств, а также с их неправомерным завладением без цели хищения» указано, что водитель, скрывшийся с места происшествия, может быть признан совершившим преступление, предусмотренное ст. 264 или 264.1 УК РФ, в состоянии опьянения, если после его задержания к моменту проведения медицинского освидетельствования на состояние опьянения или судебной экспертизы не утрачена возможность установить факт нахождения лица в состоянии опьянения на момент управления транспортным средством.

По сути, Пленум Верховного Суда РФ дал ограничительное толкование понятия лица, находившегося в состоянии опьянения. Законодатель, напротив, вышел за пределы собственно определяемого понятия, приравняв отказ от освидетельствования к состоянию опьянения, хотя деяния эти далеко не тождественны. Несомненно, что если необходимо было крими-

⁷ См.: Благов Е. В. Преступления против общественной безопасности и общественного порядка. М., 2011. С. 70; Колчин М. М. Безопасность железнодорожного транспорта: уголовно-правовые проблемы. Владимир, 2009. С. 88.

⁸ См.: Исаев Н. И. Уголовная ответственность за нарушение Правил дорожного движения и эксплуатации транспортных средств. М., 2011. С. 142.

нализировать отказ от освидетельствования (целесообразность чего вызывает большое сомнение), то это следовало прямо указать в уголовном законе. В качестве альтернативы (хотя и сомнительной, на наш взгляд) криминализации отказа от освидетельствования можно было бы предложить принудительное освидетельствование на состояние опьянения. Иначе получается, что состояние опьянения презюмируется независимо от того, имелось ли оно фактически.

С тезисом о недопустимости расширительного толкования уголовного закона согласился Конституционный Суд РФ, который в постановлении от 25 апреля 2018 г. № 17-П отметил, что расширительное толкование примечания 2 к ст. 264 УК РФ как приравнивающего само по себе оставление лицом, управлявшим транспортным средством, в том числе в состоянии опьянения, места ДТП к отказу от прохождения освидетельствования на состояние опьянения недопустимо в силу требований принципа *nullum crimen, nulla poena sine lege* (нет преступления, нет наказания без указания на то в законе), а также принципа презумпции невиновности (ст. 49 Конституции РФ).

При этом Конституционный Суд РФ исчерпывающего рецепта для разрешения сложившихся противоречий законодателю не дал, указав лишь на несколько вариантов решения проблемы: во-первых, исключить двойную — по последствиям и по признакам субъекта — дифференциацию уголовной ответственности за нарушение правил дорожного движения и эксплуатации транспортных средств путем возвращения к выделению в ст. 264 УК РФ трех частей, в рамках которых дальнейшее определение объема уголовно-правовых последствий осуществлять на стадии индивидуализации ответственности судом, а во-вторых, изменить вид ответственности за оставление места ДТП посредством его криминализации в форме самостоятельного состава преступления.

Для нас вполне понятна основная причина возникновения противоречий между названными нормами УК РФ и Конституцией РФ с точки зрения юридической техники — использование законодателем конструкции в виде юридической фикции в характеристике объективной стороны преступления в рассмотренном примере. Именно результатом использования юридической фикции стало появление законоположений, устанавливающих одинаковые правовые последствия для лиц, состояние

опьянения которых было выявлено в установленном порядке, и для лиц, которые не прошли соответствующее освидетельствование и вопрос о наличии состояния опьянения у которых может носить исключительно предположительный характер, что привело к неопределенности в уголовно-правовом регулировании.

Следует отметить еще один момент. Законодатель, вводя правило о признании состояния опьянения за лицами, оставившими место ДТП, вынес за скобки причины, по которым лицо отказалось проходить освидетельствование на состояние опьянения или фактически не прошло его. Вопрос о том, могут ли такие причины быть уважительными, для законодателя в настоящий момент безразличен. Однако представить жизненную ситуацию, в которой лицо покинуло место ДТП по уважительным причинам и вследствие этого не прошло освидетельствование на состояние опьянения, достаточно просто. Например, лицо оставляет место ДТП, находясь в состоянии крайней необходимости, доставляя пострадавших в медицинское учреждение. При этом, если исходить из логики Фрунзенского районного суда г. Иваново, буквально толкующего уголовный закон, при утрате возможности освидетельствования таких лиц на состояние опьянения они также автоматически будут считаться совершившими ДТП в состоянии опьянения, независимо от уважительности причин, по которым им пришлось оставить место происшествия.

В своих заключениях мы пришли к выводу, что предписания названной нормы в той части, в которой они приравнивают положение освидетельствованных лиц и лиц, не прошедших освидетельствование в установленном законом порядке, т.е. вообще в части юридической фикции, использованной законодателем, входит в противоречие со ст. 49 Конституции РФ, закрепляющей презумпцию невиновности и гласящей, что каждый обвиняемый в совершении преступления считается невиновным, пока его виновность не будет доказана в предусмотренном федеральным законом порядке и установлена вступившим в законную силу приговором суда, а также что обвиняемый не обязан доказывать свою невиновность и что неустранимые сомнения в виновности лица толкуются в пользу обвиняемого. Однако вопрос о том, признавать ли субъектом соответствующих преступлений лицо, оставшееся на месте ДТП, но не выполнившее законное требование о прохождении освидетельствования

на состояние опьянения, Конституционным Судом РФ в рамках рассмотрения запроса Президиума Ивановского областного суда не разрешался.

Но отрадно уже и то, что в резолютивной части постановления Конституционный Суд РФ признал примечание 2 к ст. 264 УК РФ частично не соответствующим Конституции РФ и предписал федеральному законодателю в годичный срок внести в действующее правовое регулирование ответственности за нарушение правил дорожного движения, совершенное лицом, управляющим транспортным средством, необходимые изменения.

В этой связи зададимся отнюдь не риторическим вопросом: каким путем следует пойти законодателю, размыкая порочный круг противоречий, заложенных им самим в формулировку примечания к ст. 264 УК РФ?

Вариантов решения проблемы несколько. Два из них предложены Конституционным Судом РФ. Рассмотрим их подробнее.

Во-первых, законодателю рекомендовано подумать о возможной криминализации оставления места ДТП путем закрепления такого запрета в форме самостоятельного состава преступления. Но в Уголовном кодексе РФ уже существовала ст. 265 («Оставление места дорожно-транспортного происшествия»). Примечательно не то, как она попала в Уголовный кодекс, а то, как из него исчезла. Дело в том, что буквально через несколько лет после принятия УК РФ возник вопрос о конституционности ст. 265 УК РФ⁹.

В 1999 г. за совершение транспортного преступления с последующим оставлением места ДТП гражданин Ш. был осужден по ч. 1 ст. 264 и ст. 265 УК РФ. В жалобе в Конституционный Суд РФ Ш. оспорил конституционность ст. 265 УК РФ. Его аргументы заслуживают внимания.

Как утверждал заявитель, содержащейся в данной статье нормой, по существу, вводится уголовная ответственность за отказ содействовать в расследовании ДТП, а на водителя, совершившего это преступление, возлагается

обязанность сохранять и предоставлять правоохранительным органам доказательства своей вины, что противоречит положениям ч. 1 ст. 51 Конституции РФ, согласно которой никто не обязан свидетельствовать против самого себя. Кроме того, по мнению заявителя, ст. 265 УК РФ противоречит ч. 1 ст. 50 Конституции РФ, поскольку фактически устанавливает ответственность за те же действия и их последствия, ответственность за которые предусмотрена ст. 264 УК РФ, что приводит к двойному наказанию за одно и то же преступление.

Конституционный Суд РФ постановил признать ст. 265 УК РФ не противоречащей Конституции РФ по следующим основаниям. Во-первых, вытекающая из ст. 265 УК РФ обязанность лица, нарушившего правила дорожного движения и эксплуатации транспортных средств, оставаться на месте происшествия в случае наступления последствий, предусмотренных ст. 264 УК РФ, не препятствует ему воспользоваться правом не свидетельствовать против себя самого. Это право должно обеспечиваться на любой стадии уголовного судопроизводства. Данное конституционное право предполагает, что лицо может отказаться не только от дачи показаний, но и от предоставления органам дознания и следователю других доказательств, подтверждающих его виновность в совершении преступления. Во-вторых, нарушение лицом, управляющим механическим транспортным средством, правил дорожного движения или эксплуатации транспортных средств, повлекшее по неосторожности причинение тяжкого или средней тяжести вреда здоровью человека либо смерть одного или более потерпевших (ст. 264 УК РФ), и оставление места ДТП лицом, управляющим транспортным средством и нарушившим правила дорожного движения или эксплуатации транспортных средств, в случае наступления указанных последствий (ст. 265 УК РФ) образуют самостоятельные составы преступлений и, следовательно, установление ответственности за каждое из этих деяний не означает наруше-

⁹ См. об этом подробно: Чучаев А. И. Статья 265 УК РФ признана конституционной // Законность. 2001. № 9.

Автор тогда пришел к выводу о том, что «выделение в Уголовном кодексе рассматриваемого преступления в качестве самостоятельного, наряду с общим составом оставления в опасности (ст. 125 УК), и помещение его в главу о преступлениях, посягающих на безопасность движения или эксплуатации транспорта, вызывает, на наш взгляд, сомнения, порождает искусственные проблемы при квалификации действий виновных, отграничения их от смежных деяний».

ния ч. 1 ст. 50 Конституции РФ, гарантирующей каждому право не быть повторно осужденным за одно и то же преступление¹⁰.

Из приведенных доводов Ш. и контраргументов Конституционного Суда РФ (особенно по первому пункту) легко обнаружить, что позиция Суда не выглядит в высшей степени убедительной. Например, с таким же успехом можно было бы утверждать, что вор-домашник после совершения квартирной кражи обязан дожидаться хозяев квартиры (а еще лучше — сотрудников полиции), но после этого уже ни в коем случае не свидетельствовать против себя. Сказанное, конечно, отнюдь не означает, что идея законодателя об установлении уголовной ответственности за оставление места ДТП является абсолютно безупречной. Однако лишний раз свидетельствует о том, что законодательное воплощение этой идеи в УК РФ получилось не вполне удачным. Тем более что и позиция Конституционного Суда РФ по данному делу была далеко не единодушной: судья А. Л. Кононов высказал особое мнение, а «практически все участники указанного процесса неоднократно отмечали те или иные существенные недостатки, неточность, неконкретность, неясность, несовершенство, упречность, дефектность и неопределенность положений статьи 265 УК РФ»¹¹.

Надо ли удивляться тому, что законодатель после подтверждения столь своеобразным способом конституционности ст. 265 УК РФ счел за благо в 2003 г. исключить ее из Уголовного кодекса. Специально подчеркнем: полной декриминализации деяния при этом не произошло. Компенсаторную роль в борьбе с бегством незаконопослушных водителей с места ДТП, повлекшего причинение потерпевшему определенных видов вреда, продолжает успешно играть ст. 125 «Оставление в опасности» УК РФ. Ее вполне достаточно для решения вопроса о неотвратимости уголовной ответственности.

Вторая рекомендация сводится к предложению исключить двойную — по последстви-

ям и по признакам субъекта — дифференциацию уголовной ответственности за нарушение правил дорожного движения и эксплуатации транспортных средств путем возвращения к выделению в ст. 264 УК РФ трех частей (без упоминания в них о состоянии опьянения водителя).

И с такой рекомендацией мы согласиться не можем. Резко критически отреагировав на криминализацию в 2014 г. нарушения правил дорожного движения лицом, подвергнутым административному наказанию (ст. 264.1 УК РФ), мы отмечали тот бесспорный для нас факт, что установление уголовной ответственности за управление транспортным средством в состоянии опьянения, не повлекшее уголовно-правовых последствий, не отвечает требованиям необходимости, допустимости и целесообразности криминализации этого правонарушения и перевода его в разряд уголовно наказуемых деликтов. «Криминализация деяния, предусмотренного ст. 264.1 УК РФ, есть тот случай, когда российским отцам-законодателям не стоило было предаваться ностальгии, ворошить прошлое и возрождать из небытия явно упречную (пусть даже и в модифицированном виде) норму. Ничего хорошего из этой акции не получится»¹².

В то же время наши исследования, а также результаты социологических изысканий ряда других авторов показывают, что состояние опьянения играет известную криминогенную роль при управлении транспортными средствами и их угоне. Так, водителями в нетрезвом состоянии в 2012 г. совершено 7,2 % дорожно-транспортных происшествий, в 2013 г. — 7,6 %, в 2014 г. — 7,7 %. Примерно такими же показателями характеризуется «пьяная» аварийность на других видах транспорта. Около 70 % всех угон в России учиняется лицами, находящимися в состоянии опьянения.

Состояние опьянения как квалифицирующий признак транспортных преступлений используется в законодательстве зарубежных стран (ч. 2 ст. 343 УК Болгарии, п. 2 § 194 УК Вен-

¹⁰ Российская газета. 2001. 15 июня.

¹¹ СЗ РФ. 2001. № 23. Ст. 2408.

Симптоматично, что подобные дела (по аналогичным жалобам заявителей) рассматривались в 1990—1999 гг. в Конституционных Судах Испании, Германии, Франции, Хорватии, Республики Корея и в Верховном Суде Канады (см.: Додонов В. Н., Капинус О. С., Щерба С. П. Сравнительное уголовное право. Особенная часть. М., 2010. С. 384).

¹² Подробнее об этом см.: Грачева Ю. В., Коробеев А. И., Чучаев А. И. Новый вид транспортного преступления как модифицированный вариант хорошо забытого старого // Lex Russica. 2015. № 4.

грии, ст. 178 УК Румынии, ч. 2 ст. 186 УК Вьетнама, ст. 178 УК Польши, ст. 275 и 276 УК Грузии). Было бы целесообразно и в отечественном уголовном законодательстве предусмотреть квалифицированные составы преступного нарушения правил безопасности движения и эксплуатации *всех видов* транспортных средств и их угона, если они совершены лицами, находящимися в состоянии опьянения. При соблюдении данного условия борьба с пьянством на транспорте не только не ослабнет, а наоборот, усилится. В последнее время нашу позицию по этому вопросу поддержал А. В. Иванчин¹³.

Словом, и вторая рекомендация Конституционного Суда РФ не представляется вполне приемлемой. Где же выход из лабиринта?

Можно предложить законодателю простой, непротиворечивый, а главное, легко-

осуществимый способ решения проблемы. Достаточно всего лишь полностью исключить из Уголовного кодекса примечание 2 к ст. 264, оставив в ст. 63 УК РФ общее определение состояния опьянения. Решение же вопроса о наличии или об отсутствии такого состояния у лиц, совершающих транспортные преступления, необходимо полностью передать в компетенцию правоприменителя, который, руководствуясь ранее упомянутыми законами и подзаконными нормативными актами, при строжайшем соблюдении принципов презумпции невиновности и субъективного вменения будет в каждом конкретном случае устанавливать факт такого состояния, отражая его в соответствующей квалификации преступления и учитывая при индивидуализации наказания.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Арзамасцев М. Состояние опьянения как квалифицирующий признак дорожно-транспортного преступления // Уголовное право. — 2010. — № 1.
2. Благоев Е. В. Преступления против общественной безопасности и общественного порядка. — М., 2011.
3. Грачева Ю. В., Коробеев А. И., Чучаев А. И. Новый вид транспортного преступления как модифицированный вариант хорошо забытого старого // Lex Russica. — 2015. — № 4.
4. Додонов В. Н., Капинус О. С., Щерба С. П. Сравнительное уголовное права. Особенная часть. — М., 2010.
5. Иванцова Н., Сосновский А. Безопасность движения: уголовно-правовой аспект // Законность. — 2009. — № 9.
6. Иванчин А. В. Конструирование состава преступления: теория и практика. — М., 2014.
7. Исаев Н. И. Уголовная ответственность за нарушение Правил дорожного движения и эксплуатации транспортных средств. — М., 2011.
8. Колчин М. М. Безопасность железнодорожного транспорта: уголовно-правовые проблемы. — Владимир, 2009.
9. Коробеев А. И. Транспортные преступления: пути и способы совершенствования законодательной конструкции // Правоведение. — 1989. — № 2.
10. Чучаев А. И. Статья 265 УК РФ признана конституционной // Законность. — 2001. — № 9.

Материал поступил в редакцию 10 мая 2018 г.

¹³ См.: Иванчин А. В. Конструирование состава преступления: теория и практика. М., 2014. С. 238—239.

THE DEFINITION OF INTOXICATION IS RECOGNIZED UNCONSTITUTIONAL

KOROBEEV Aleksandr Ivanovich — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Criminal Law and Criminology of the Far East Federal University, Honored Scientist of the Russian Federation
akorobeev@rambler.ru
690091, Russia, Vladivostok, ul. Sukhanova, d. 8

CHUCHAEV Aleksandr Ivanovich — Doctor of Law, Professor of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
moksha1@rambler.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The article considers the questions of the constitutionality of note 2 to article 264 of the Criminal Code of the Russian Federation, which, at the initiative of the Presidium of the Ivanovo regional court, became the subject of review by the Constitutional Court of the Russian Federation. The court came to the conclusion that the legal definition of intoxication is inconsistent with the Constitution of the Russian Federation, violates a number of principles of the criminal law. The authors show the legal positions of these courts, given scientific findings, prepared by them at the request of appropriate officials. Having studied this particular case, the authors make an attempt to show the state of the Russian criminal legislation, characterized by the violation of its consistency (both internal and external), including the inconsistent penal policy in the field of combating crime in general and traffic crime in particular, poor legislative technique.*

In connection with the recognition of the definition of intoxication articulated in note 2 to article 264 of the Criminal Code of the Russian Federation unconstitutional, the authors propose a legislative solution, aimed at the establishment and account of this fact both in the Criminal Code of the Russian Federation and law enforcement practice.

Keywords: *criminal law, traffic crime, intoxication, legal definition, note to article 264 of the Criminal Code of the Russian Federation, positions of the Ivanovo court, the unconstitutionality of the note, reason, consistency of legislation, improvement.*

REFERENCES

1. Arzamastsev M. *Sostoyanie opyaneniya kak kvalifitsiruyushchiy priznak dorozhno-transportnogo prestupleniya* [Intoxication as a qualifying symptom of traffic crimes]. *Ugolovnoe pravo* [Criminal law]. 2010. No. 1.
2. Blagov E. V. *Prestupleniya protiv obshchestvennoy bezopasnosti i obshchestvennogo poryadka* [Crimes against public security and public order]. Moscow, 2011.
3. Gracheva Yu. V., Korobeev A. I., Chuchaev A. I. *Novyy vid transportnogo prestupleniya kak modifitsirovanny variant khorosho zabytogo starogo* [A new transport crime as a modified version of the well-forgotten old one]. *Lex Russica*. 2015. No. 4.
4. Dodonov V. N., Kapinus O. S., Shcherba S. P. *Sravnitelnoe ugovnoe parvo. Osobennaya chast* [Comparative criminal law. Special part]. M., 2010.
5. Ivantsova N., Sosnovskiy A. *Bezopasnost dvizheniya: ugovno-pravovoy aspekt* [Traffic safety: criminal legal aspect]. *Zakonnost* [Legitimacy]. 2009. No. 9.
6. Ivanchin A. V. *Konstruirovaniye sostava prestupleniya: teoriya i praktika* [Construction of the component elements of a crime: theory and practice]. Moscow, 2014.
7. Isaev N. I. *Ugolovnaya otvetstvennost za narusheniye pravil dorozhnogo dvizheniya i ekspluatatsii transportnykh sredstv* [Criminal responsibility for violation of traffic rules and operation of vehicles]. Moscow, 2011.
8. Kolchin M. M. *Bezopasnost zheleznodorozhnogo transporta: ugovno-pravovyye problemy* [Safety of railway transport: criminal legal problems]. Vladimir, 2009.
9. Korobeev A. I. *Transportnye prestupleniya: puti i sposoby sovershenstvovaniya zakonodatelnoy konstruksii* [Crimes in transport: ways and means of improving legislative structure]. *Pravovedeniye* [Jurisprudence]. 1989. No. 2.
10. Chuchaev A. I. *Statya 265 UK RF priznana konstitutsionnoy* [Article 265 of the Criminal Code of the Russian Federation is recognized constitutional]. *Zakonnost* [Legality]. 2001. No. 9.

УСЛОВИЯ ОПУБЛИКОВАНИЯ И ТРЕБОВАНИЯ К ПРЕДОСТАВЛЯЕМЫМ В ЖУРНАЛ МАТЕРИАЛАМ И ИХ ОФОРМЛЕНИЮ

Более подробная информация содержится на сайте журнала lexrussica.ru

1. В журнале публикуются результаты научных исследований и научные сообщения авторов, изложенные в форме научных статей или рецензий в соответствии с тематикой журнала (далее — статья).
2. К сотрудничеству приглашаются авторы — ведущие специалисты, ученые и практики.
3. Направление автором статьи для опубликования в журнале считается акцептом, то есть согласием автора на заключение лицензионного договора о передаче права использования статьи в журнале «Lex Russica». Содержание договора опубликовано на сайте журнала.
4. Автор направляет в редакцию журнала статью согласно условиям и порядку предоставления и опубликования статей, а также требованиям к оформлению статей, размещенным на сайте журнала. При несоблюдении указанных требований редакция оставляет за собой право вернуть статью автору без рассмотрения.
5. Требования к содержанию и объему статьи:
 - объем статьи должен составлять от 25 до 50 тыс. знаков (с пробелами, с учетом сносок) или 20–30 страниц А4 (шрифт — Times New Roman, высота шрифта — 14 пунктов; межстрочный интервал — полуторный, абзацный отступ — 1,25 см, поля: левое — 3 см, правое — 1,5 см, верхнее и нижнее — 2 см). Опубликование материалов меньшего или большего объема должно согласовываться с редакцией журнала;
 - статья должна быть написана на актуальную тему, отвечать критерию новизны, содержать определенное новаторство в подходе к изучаемой теме/проблеме;
 - статья должна содержать структуру изложения;
 - в статье должны быть отражены результаты научного исследования, основанного на анализе теоретических конструкций, нормативных актов, материалов правоприменительной практики;
 - материал, содержащийся в статье, не должен быть только описательным, констатировать существующее положение вещей (статьи, значительная часть которых содержит воспроизведение нормативного материала, будут отклоняться);
 - в материале должна быть соблюдена фактологическая и историческая точность;
 - необходимо обращать внимание на аккуратное использование заимствованного материала, точность цитирования.
6. Все аббревиатуры и сокращения, за исключением заведомо общеизвестных, должны быть расшифрованы при первом употреблении в тексте.
7. Следует точно указывать источник приводимых в рукописи цитат, цифровых и фактических данных.
8. При оформлении ссылок необходимо руководствоваться библиографическим ГОСТом 7.0.5-2008. Ссылки оформляются в виде постраничных сносок (размещаются в тексте как подстрочные библиографические ссылки), нумерация сплошная (например с 1-й по 32-ю). Сноски набираются шрифтом Times New Roman. Высота шрифта — 12 пунктов; межстрочный интервал — одинарный.

Знак сноски в тексте ставится перед знаком препинания (точкой, запятой, двоеточием, точкой с запятой). Пример оформления смотрите на сайте журнала.

Ссылки на иностранные источники следует указывать на языке оригинала, избегая аббревиатур и по возможности максимально следуя таким же требованиям, как и при оформлении библиографии на русском языке.

Ссылки на электронные ресурсы следует оформлять в соответствии с библиографическим ГОСТом 7.82–2001. Необходимо указывать заголовок титульной страницы ресурса, полный адрес местонахождения ресурса и в круглых скобках дату последнего посещения веб-страницы.
9. При оформлении списка литературы (библиографии) необходимо руководствоваться библиографическим ГОСТом 7.1-2003. В библиографическом списке не указываются правовые источники (нормативные акты, судебные решения и иная правоприменительная практика). Пример оформления смотрите на сайте журнала.

Учредитель —
Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Адрес издателя: г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Телефон редакции: (8-499)244-88-88 (доб. 556).

Почтовый адрес редакции: 125993, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

E-mail: lex-russica@yandex.ru

Объем: 18,60 усл.-печ.л. (13,5 а.л.), формат 60x84¹/₈. Тираж 150 экз. Дата выхода в свет 25.07.2018 г.

Редактор *Л. А. Мункуева.*

Корректор *А. Б. Рыбакова.*

Компьютерная верстка *Д. А. Беляков.*

Печать цифровая. Гарнитура «Calibri».

Типография Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
125993, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

Журнал зарегистрирован Федеральной службой по надзору в сфере связи,
информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор)

ПИ № ФС77-58927 от 5 августа 2014 г.

ISSN 1729-5920

Свободная цена.

Подписка на журнал возможна с любого месяца.

Распространяется через объединенный каталог «Пресса России»
и интернет-каталог агентства «Книга-Сервис».

Подписной индекс в объединенном каталоге «Пресса России» — 11198.

При использовании опубликованных материалов журнала ссылка на «Lex Russica» обязательна.

Перепечатка допускается только по согласованию с редакцией.

Точка зрения редакции не всегда совпадает с точкой зрения авторов публикаций.

Ответственность за достоверность информации в рекламных объявлениях несут рекламодатели.